Rücktritt und Wiederkauf

nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Eine vergleichende Darstellung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Johannes Bredt,

Referendar aus Barmen.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

Seiner Braut.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Einleitung 1
B. Hauptteil 2
I. Begriff und Wirkungen:
1. des Rücktritts 2
a) Begriff 4
b) Ausübung und Wirkung 8
α) Ausübung 8
β) Wirkungen 10
2. des Wiederkaufs 13
a) Begriff 13
b) Ausübung und Wirkung 20
α) Ausübung 20
β) Wirkungen 21
II. Vergleich dieser beiden Rechtsinstitute hinsichtlich:
1. der Entstehung 26
a) Grund 26
b) Entstehungszeit 27
c) Form des Vorbehaltes 28
2. der Ausübung 28
a) der einseitigen Erklärung 28
α) Sie ist unwiderruflich 28
β) Sie verträgt keine Bedingung 30
b) Formvorschriften 30
c) im Falle mehrerer 31
3. Der Wirkungen, und zwar 34
a) der Nutzungen 34
b) des Ersatzes von Verwendungen 36
c) des Preises 38
d) der Haftung 38
e) der Gefahr 40
f) der Beendigung 43
g) der Befristung 44
h) des Verzichtes 45
C. Schluß 46

Literaturverzeichnis.

Baer, Wiederkauf und obligatorischer Vorkauf nach gemeinem und bürgerlichem Recht. Inaug.-Diss. Leipzig 1904.

Becker, Entwicklung und Voraussetzungen des Rücktrittsrechts aus § 326 des Bürgerlichen Gesetzbuches. Inaug.-Diss. Leipzig 1904.

Bechmann, System des Kaufes nach gemeinem Recht. Erlangen 1884.

Burdorff, Ist die rechtliche Natur des obligatorischen Vorkaufsrechts und Wiederkaufsrechts im Bürgerlichen Gesetzbuche geändert gegenüber dem gemeinen Recht? Inaug.-Diss. Erlangen 1902.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Jena 1900.

Crome, System des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Tübingen u. Leipzig 1902.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 2 1. und 2. Abteilung. Halle a. S. 1901.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Berlin 1903.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Bd. 1. Marburg 1900.

Fantini, Das Wiederkaufsrecht an Grundstücken und seine Sicherung durch Eintragung einer Vormerkung nach Bürgerlichem Gesetzbuche. Inaug.-Diss. Breslau 1904.

Fiebach, Das gesetzliche Rücktrittsrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Inaug.-Diss. Rostock 1900.

Fischer-Henle, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. München 1903.

Goldmann u. Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Teil 1. Berlin 1900.

Hahn, Dr. jur. Heinrich, Der Wiederkauf. Berlin 1902. (Verlag von Struppe und Winckler.)

Haidlen, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Stuttgart 1896.

Heuser, Das ausbedungene Rücktrittsrecht beim Kaufvertrage im gemeinen Rechte und Bürgerlichen Gesetzbuch. Inaug.-Diss. Erlangen 1899.

Hirschfeld, Die rechtliche Natur des Wiederkaufsrechtes. Rostock 1903.

Hoffmann, Inwieweit kennt das Bürgerliche Gesetzbuch ein gesetzliches Rücktrittsrecht vom Vertrage? Inaug.-Diss. Greifswald 1900.

Juristische Wochenschrift. Jahrg. 30 Nr. 46—50. Berlin 1. Juni 1901.

Krohn, Der Wiederkauf nach gemeinem und preußischem Recht. Inaug.-Diss. Greifswald 1899.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Berlin 1899.

Leske, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. 1. Berlin 1899.

Littmann, Das gesetzliche Rücktrittsrecht vom Vertrage nach Bürgerlichem Gesetzbuche. Inaug.-Diss. Rostock 1902.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Berlin 1899.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. 2. Berlin und Leipzig 1888.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Bd. 2. Berlin 1899.

Oertmann, Die Bedeutung der Rücktrittserklärung. In Dr. J. A. Seufferts Blättern für Rechtsanwendung 69. Jahrg. Nr. 4, 13. Febr. 1904.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 2. Berlin 1900.

Rawitzki, Das vorbehaltene Rücktrittsrecht im gemeinen Recht und im Bürgerlichen Gesetzbuche. Inaug.-Diss. Leipzig 1903.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Berlin 1902.

Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches. Erlangen 1899.

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. München 1900.

Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. Berlin 1904.

Siebert, Franz, Die rechtliche Natur des Wiederkaufsrechts. Inaug.-Diss. Rostock 1903.

Siebert, Paul, Das Wiederkaufsrecht nach dem gemeinen Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Inaug.-Diss. Leipzig 1902.

Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. Leipzig 1868.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1897.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. München 1900. 12. und 13. Lieferung.

Steinhauer, Die Entwicklung und Gestaltung des Rechtes des Rücktritts bei gegenseitigen Verträgen im römisch-gemeinen Recht und im Bürgerlichen Gesetzbuche. Inaug.-Diss. Rostock 1903.

Wangemann, Die rechtliche Natur des Vorkaufs- und Wiederkaufsrechts. Inaug.-Diss. Rostock 1900.

v. Wangenheim, Das Wiederkaufsrecht. Inaug.-Diss. Göttingen 1899.

Weyl, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1. München 1898.

Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches.

A. Einleitung.

Zur Zeit des gemeinen Rechts verband man mit dem Worte „Rücktritt“ nicht so, wie unser Bürgerliches Gesetzbuch, einen gesetzlich festgelegten Begriff, sondern es war ein sogen. Sammelbegriff, in den man auch z. B. Kündigung und Widerruf einschloß,[1]) Rechtsinstitute, mittelst deren die Partei, zu deren Gunsten ein derartiger Vorbehalt vereinbart ist, den geschlossenen Vertrag nach Willkür zur Auflösung bringen kann.

Die für den Rücktritt aufgestellte Theorie war im gemeinen Recht auch für die Konstruktion des Wiederkaufs[2]) angewandt worden, und Kuhlenbeck hat diese Theorie auch für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches aufrechterhalten.

Hier liegt nun die Frage nahe, ob Rücktritt- und Wiederkaufsrecht wirklich auf denselben Prinzipien beruhen oder nicht.

Bei einem Vergleich der beiden Rechtsinstitute werden wir am besten sehen, in welchen Punkten sie übereinstimmen, und ob diese so überwiegend sind, daß man das Wiederkaufsrecht als auf der Theorie des Rücktrittsrechts aufgebaut ansehen kann oder nicht.

---

[1]) s. S. 2 dieses Aufsatzes.

[2]) v. Bechmann; s. S. 13, 24 f. dieses Aufsatzes.

B. Hauptteil.

Bei einem Vergleich wird es immer von größter Wichtigkeit sein, sich über Art und Wesen der zu vergleichenden Begriffe klar zu werden. So auch hier.

Um feststellen zu können, in welcher Hinsicht für Wiederkauf und Rücktritt übereinstimmende Bestimmungen bestehen, und in welchen Punkten sie sich unterscheiden, ist es zunächst notwendig, Wesen, Begriff und Wirkungen dieser beiden Institute auseinander zu setzen.

I. Begriff und Wirkungen.

1. Rücktritt.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich die Erfahrungen früherer Rechtssysteme zu nutze gemacht und dasjenige, was für den heutigen modernen Verkehr, für die entwickelten fortgeschrittenen Verhältnisse am praktisch zweckmäßigsten und brauchbarsten erschien, zum Gesetz erhoben.

Dies gilt, wie bei andern Rechtsinstituten, so besonders auch bei dem des Rücktritts.

In Gesetz wie Literatur herrschte bisher hierüber die denkbar größte Uneinigkeit und Verwirrung; der Grund hierfür ist in der Tatsache zu suchen, daß der Rücktritt einen sogen. Sammelbegriff bildete für alle diejenigen Institute, mittels deren eine Partei von einem geschlossenen Vertrage zurücktreten, loskommen konnte (z. B. Kündigung, Widerruf).

Das Bürgerliche Gesetzbuch ist das erste Gesetz, welches die Bezeichnung „Rücktritt“ für einen genau bestimmten, von den bisher unter demselben Namen subsumierten andern Instituten scharf zu sondernden Rechtsbegriff gebraucht.

Die Lehre vom Rücktritt erfuhr beim Zustandekommen des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine derartig sorgfältige Ausbildung, daß Stammler sie durchaus mit Recht als „eine Art Lieblingslehre unseres Gesetzbuches“ [1]) bezeichnet.

Diese große Sorgfalt wurde hauptsächlich dem durch Vertrag begründeten Rücktrittsrecht zugewendet, wenn es auch dem gesetzlichen dadurch zugute kommt, daß die Vorschriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht (§§ 346—356) auf letzteres Anwendung finden sollen.

Das gesetzliche Rücktrittsrecht wird in diesem Zusammenhang nicht berücksichtigt.

Das Bürgerliche Gesetzbuch sucht in der Regel Begriffsbestimmungen zu vermeiden und überläßt Theorie und Praxis, aus den von ihm festgelegten materiellen Bestimmungen die Begriffe herauszuschälen. So auch hier beim Rücktritt.[2])

Was zunächst das Wort „Rücktritt“ anbetrifft, so bedeutet es an und für sich nur die Auflösung eines Vertragsverhältnisses, das Zurücktreten von einem geschlossenen Vertrage, dessen Vorhandensein es begrifflich voraussetzt.

Auf die Frage aber, in welcher Weise dieses Unwirksamwerden des Vertrages vor sich gehen soll, geben alle bisher vorhandenen Kodifikationen eine andere Antwort, und auch bei der Beratung über unser Bürgerliches Gesetzbuch wurde hierüber ein lebhafter Streit geführt.

Die einen wollten, dem gemeinen Recht folgend, eine ipso jure, dinglich wirkende Auflösung durch den Rücktritt herbeigeführt wissen, andere die Auflösung von der Entscheidung des Richters abhängen, wieder andere sie durch einseitige Erklärung ohne weiteres erfolgen lassen.

Um nun das Wesen dieser Rechtseinrichtung festzustellen, scheint es uns am besten, den Entstehungsgang der gesetzlichen Bestimmungen zu verfolgen, um dann aus diesen selbst den Begriff zu entnehmen.

---

[1]) Stammler, Recht der Schuldverhältnisse S. 129 (1897).

[2]) vgl. Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs eines BGB. (Prot. II) Bd. 6 S. 158.

a) Begriff.

Der 1. Entw. des BGB. enthielt unter dem Abschnitte „Rücktritt vom Vertrage“ in § 427 folgende Bestimmung: „Der Rücktritt bewirkt, daß die Vertragschließenden untereinander so berechtigt und verpflichtet sind, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre, insbesondere, daß kein Teil eine nach dem Vertrage ihm gebührende Leistung in Anspruch nehmen kann, und daß jeder Teil verpflichtet ist, dem anderen Teile die empfangenen Leistungen zurückzugewähren.“

Durch diese Bestimmung wollte man der im gemeinen Recht herrschenden Lehre, daß der Rücktritt gleich einer Resolutivbedingung ipso jure (dinglich) das Vertragsverhältnis zur Beendigung bringe, entgegentreten. „Die Sicherheit des Verkehrs gebietet, die Konsequenzen der Resolutivbedingung tunlichst fernzuhalten.“ [1])

Nach § 427 des 1. Entwurfs stand also demjenigen, der den Rücktritt vom Vertrage erklärte, eine unverjährbare Einrede gegen den Anspruch des Vertragsgegners zu, und zugleich waren beide verpflichtet, den Gegner in die Lage zurückzuversetzen, als ob der Vertrag gar nicht geschlossen wäre.

Dieser Auffassung des 1. Entwurfs gegenüber machen die Protokolle der Kommission für die 2. Lesung [2]) folgendes geltend:

„Die der Konstruktion des Entwurfs zugrunde liegende Annahme, es bestehe der Vertrag fort, wiewohl die Parteien sich so zu behandeln hätten, als ob er nicht bestehe, laufe der natürlichen Auffassung zuwider. Die Mot. S. 281 rechtfertigen die auffallende Konstruktion des Entwurfs damit, daß die unmittelbare Wirkung des Rücktritts dazu führe, die zur Erfüllung der Obligation vorgenommenen dinglichen Rechtsgeschäfte nach den für die auflösende Bedingung geltenden Grundsätzen hinfällig zu machen, hierdurch aber die Verkehrssicherheit zu gefährden.

Dies sei ein Irrtum. Unmittelbar werde nur das Schuldverhältnis, das Kausalgeschäft aufgehoben. Die dem Kausal-

[1]) Prot. I 78. Sitzung S. 623.
[2]) Prot. II Bd. 1 S. 788.

geschäfte gemäß erfolgenden dinglichen Rechtsänderungen bleiben an sich bestehen, die Vertragsteile seien aber verpflichtet, sie durch entgegengesetzte Rechtsgeschäfte zu beseitigen."

Während die Kommission zunächst trotz dieser Ausführungen an der Konstruktion des 1. Entwurfs festhielt, ist sie doch später davon abgewichen und hat sich in der jetzigen Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs keiner juristischen Konstruktion angeschlossen und hiermit also der Literatur überlassen, sie zu finden.

Wie schon erwähnt, hatte im gemeinen Recht[1]) der Rücktritt die gleiche Wirkung wie die auflösenden Bedingungen, nämlich den Vertrag dinglich unwirksam zu machen. Daß im heutigen Recht diese beiden Institute streng zu unterscheiden sind und der Rücktritt im Gegensatz zur auflösenden Bedingung keinerlei dingliche Wirkungen hat, sondern nur obligatorische Verpflichtungen der Parteien begründet, ist die herrschende Meinung in der Literatur.[2])

Nur Enneccerus macht eine Ausnahme; seiner Ansicht nach „ist der Vorbehalt des Rücktritts seinem Wesen nach die Festsetzung einer Resolutivbedingung: denn es wird vereinbart, daß das Schuldverhältnis, wenn der Rücktritt erfolge, wieder aufgelöst sein solle. Aber die Wirkung dieser Resolutivbedingung ist vom Bürgerlichen Gesetzbuch ganz selbständig und durchaus abweichend von andern Resolutivbedingungen geordnet".[3])

Also negativ ist man sich sozusagen in der Hinsicht einig, daß der Gedanke an die auflösende Bedingung fernzuhalten sei, doch herrscht über die positive Konstruktion des Rücktritts noch immer ein lebhafter Streit.

---

[1]) vgl. Windscheid, Pand. Bd. 2 § 323 bei Anm. 5.

[2]) „Wenn die obligatorisch wirkende Auflösung den vorhandenen Zwecken nicht genügt, müssen die Beteiligten bei Abschluß des Vertrages eine auflösende Bedingung ausdrücklich vereinbaren. Nur auf diese Weise können sie die dinglich wirkende Aufhebung gemäß § 159 herbeiführen." Endemann a. a. O. S. 851, 27; vgl. auch Denkschr. S. 52.

[3]) Enneccerus Bd. I S. 420 III.

Es finden sich hierüber in der Literatur zwei verschiedene Grundauffassungen[1]: 1. Die herrschende Meinung ist die, daß durch den Rücktritt das ganze Schuldverhältnis (ipso jure) erlischt, und zwar mit rückwirkender Kraft (ex tunc), d. h. daß derjenige, der noch nicht geleistet, von seinen Verpflichtungen befreit wird; derjenige, der geleistet, seine Leistungen zurückverlangen kann, da sie den Rechtsgrund (die causa)[2] verloren haben. Nach allgemeinen Grundsätzen müßten diese Leistungen mit den Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 ff.) zurückgefordert werden. „Die Verpflichtung des Empfängers geht aber weiter, indem der Rücktritt die Wirkung hat, daß die Parteien verpflichtet werden, einander die empfangenen Leistungen nach den besonderen Vorschriften der §§ 346 ff. BGB. wieder zu verschaffen." An die Stelle des alten Schuldverhältnisses tritt also ein neues auf Zurückgewähren der vollzogenen Leistungen.[3]

2. Auf der anderen Seite verfechten einige Schriftsteller die Anschauung, daß der Rücktritt nicht die Vernichtung des Schuldverhältnisses bewirke, wie oben, im Gegenteil es an sich vollständig bestehen lasse und nur die daraus stammenden Wirkungen zerstört würden. Derjenige Kontrahent, der geleistet hat, erhält demnach durch den Rücktritt nur neue Ansprüche auf Rückgabe der schon gemachten Leistungen; soweit er seine Leistungen noch nicht vollzogen hat, begründet der Rücktritt Einreden gegen die ipso jure fortbestehenden Vertragsansprüche.[4] [5]

---

[1] Enneccerus Bd. 1 S. 420 III.

[2] vgl. Zitelmann, Das Recht des BGB.

[3] Diese Auffassung wird, wie schon erwähnt, von der Mehrzahl der heutigen Schriftsteller vertreten; sie findet sich bei Strohal (Jherings Jahrbücher Bd. 33 S. 367 f.); Planck zu 346; Schollmeyer, Oertmann Vorbem. zu § 346; Staudinger-Magring, Neumann zu 346; Fischer-Henle zu § 346 Nr. 3; Kaufmann S. 202; ebenso in den Lehrbüchern von Cosack Aufl. 3 Bd. 1 S. 372, 5; Enneccerus Aufl. 3 S. 461 u. a. Auch das Reichsgericht hat im Sinne dieser Auffassung entschieden. (Entscheidungen in Zivilsachen Bd. 50 Nr. 59 S. 266 f. [II Zivilsenat vom 11. 4. 1902]).

[4] Diese Ansicht verficht besonders Dernburg a. a. O. Bd. 2 § 107 S. 240; ferner Matthiaß Aufl. 3 Bd. 1 S. 410. Ähnlich auch Crome

Wie schon mehrfach betont, folgen wir der oben zuerst dargelegten Theorie, indem wir gegen die entgegengesetzte Meinung Plancks Worte anführen: „Gegen die Annahme, daß durch den Rücktritt nur eine zivilrechtliche Einrede gegen die auf dem Vertrage beruhenden Ansprüche begründet werde, spricht, abgesehen von der oben (S. 4f. dieses Aufsatzes) dargelegten Entstehungsgeschichte des § 346, die Erwägung, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die Rechtsform der Einrede nur in solchen Fällen wählt, in welchen besondere Gründe dafür sprechen, daß es an solchen Gründen hier aber vollständig fehlt. Dazu kommt, daß das Bürgerliche Gesetzbuch, wo es eine Einrede bestimmen will, dies durch die Fassung der Vorschrift ‚der Schuldner ist die Leistung zu verweigern berechtigt' oder durch die direkte Bezeichnung des Rechts als Einrede regelmäßig ausdrücklich hervorhebt, daß aber die Fassung des § 346 einen derartigen Hinweis nicht enthält." Ein weiteres Eingehen auf das Für und Wider hinsichtlich der Theorien würde nicht im Rahmen dieser Arbeit liegen.

Der Rücktritt hat keinerlei dingliche Folgen; vielmehr müssen die durch die Erfüllung des Vertrages erfolgten dinglichen Veränderungen auf obligatorischem Wege wieder beseitigt werden. Die obigen Ausführungen benützend, wollen wir den Rücktritt folgendermaßen definieren:

Bd. 2 § 174 Nr. 4; Endemann Aufl. 8 Bd. 1 S. 851 und Stammler, Schuldverhältnisse S. 130.

[5]) Neben diesen beiden Ansichten besteht noch eine dritte vermittelnde Meinung. Ihre Anhänger machen folgende Unterscheidung: Sind die Verpflichtungen aus dem Schuldverhältnisse, bei dem der Vorbehalt zum Rücktritt ausgemacht ist, erfüllt, so ist es nicht mehr vorhanden; es ist schon hierdurch untergegangen; der Rücktritt „wirkt hier also nicht liberatorisch, sondern lediglich forderungsbegründend". Ist noch nichts erfüllt, so kann auch nichts zurückgewährt werden, die Parteien werden also von ihren Verpflichtungen befreit. „Das Rücktrittsrecht entfaltet hier nur seine Liberations-, nicht seine Rekuperationsfunktion." Diese Theorie spricht am schärfsten Seckel (Die Gestaltung des bürgerl. Rechts S. 222 [aus der Festschrift für R. Koch]) aus. Kipp (Kipp-Windscheid Bd. 2 S. 320, 499 oben) und Hellwig (Anspruch und Klagerecht S. 21f.) stehen ihr nahe.

Rücktritt ist die einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung der einen Partei gegenüber der andern, daß der Vertrag als aufgelöst gelten soll, wodurch an die Stelle des aufgelösten Vertrages ein neues gegenseitiges Schuldverhältnis auf Rückgabe der schon erfolgten Leistungen tritt.[1])

Das Rücktrittsrecht (vgl. 355 BGB.) ist kein Recht im Sinne des § 194 BGB., kein Anspruch, der verjähren könnte, sondern eine Berechtigung, eine Befugnis, Ermächtigung (facultas).

Infolgedessen sind Nebenrechte beim Recht ausgeschlossen; es kann nicht durch Pfand oder Bürgen sichergestellt werden.

Ferner unterliegt es nicht der Verjährung, wie schon oben angedeutet, da nur Ansprüche verjähren; doch ist die Festsetzung einer Präklusivfrist möglich, welche im Interesse des Kontrahenten, welchem das Rücktrittsrecht nicht zusteht, liegt, damit sich binnen angemessener Frist entscheidet, ob der Rücktrittsberechtigte von seinem Rechte Gebrauch machen will.[2])

Die durch den Rücktritt begründeten Ansprüche unterliegen der Verjährung.

b) Ausübung und Wirkung.

a) Ausübung.

§ 349: Der Rücktritt erfolgt durch Erklärung gegenüber dem andern Teil.

Der Rücktritt wird ausgeübt durch die Erklärung des Rücktrittsberechtigten dem Vertragsgegner gegenüber, daß er zurücktrete; mit der Abgabe dieser Erklärung ist der Rücktritt vollzogen, gleichgültig, ob der andre Teil sie angenommen hat oder nicht. Diese Erklärung ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, auf welches die §§ 130 ff. BGB.

---

[1]) Rücktrittsrecht ist die durch Vertrag (oder Gesetz) festgelegte Berechtigung einer Partei, den Rücktritt auszuüben.

[2]) Der erste Entwurf setzte für den Fall, daß die Parteien nicht selbst eine Frist für die Ausübung des Rechts vereinbart haben, eine gesetzliche Präklusivfrist fest (I § 475).

Anwendung finden; von einer Annahme seitens des Gegners ist sie hinsichtlich ihrer Wirkung vollkommen unabhängig.

Die Erklärung muß ausdrücklich geschehen; der unmittelbare Gebrauch des Wortes „Rücktritt" ist nach § 133 BGB. nicht notwendig, doch muß aus der abgegebenen Erklärung zu ersehen sein, daß der Rücktritt vom Vertrage gemeint ist. Eine stillschweigende Erklärung z. B. durch konkludente Handlung genügt jedenfalls nicht.

Die Erklärung ist formlos und bedarf zu ihrer Gültigkeit nicht der Beobachtung der Form des zugrunde liegenden Vertrages. Sie ist unwiderruflich, da die Rücktrittserklärung sofort die Auflösung des Vertrages bewirkt;[1]) der einfache Widerruf könnte den aufgelösten Vertrag nicht wiederherstellen, auch würde die Rechtssicherheit durch die Widerruflichkeit der Rücktrittserklärung stark beeinträchtigt werden.

Über die Frage, ob die Rücktrittserklärung unter einer Bedingung abgegeben werden könne, schweigt das Gesetz.

Dieselben Gründe aber, die uns eben zwangen eine Widerruflichkeit der Rücktrittserklärung zu verneinen, zwingen uns auch hier, eine bedingte Rücktrittserklärung für unstatthaft und gänzlich wirkungslos anzusehen.[2]) Das Rücktrittsrecht ist unteilbar.

§ 356. Sind bei einem Vertrage auf der einen oder andern Seite mehrere beteiligt, so kann das Rücktrittsrecht nur von allen und gegen alle ausgeübt werden. Erlischt das Rücktrittsrecht für einen der Berechtigten, so erlischt es auch für die übrigen. Natürlich kann durch Vertrag die Ausübung des Rücktrittsrechts besonders geregelt werden; soweit dies nicht der Fall ist, soll das Rücktrittsrecht nur von allen und gegen alle ausgeübt werden können. Sind mehrere rücktrittsberechtigt, so ist also Einstimmigkeit darüber, daß das Rücktrittsrecht aus-

---

[1]) Die Unwiderruflichkeit war im § 426 Abs. 1 des ersten Entwurfs und im § 300 des zweiten Entwurfs ausdrücklich festgelegt. Die Bestimmung ist endgültig als selbstverständlich gestrichen worden. Prot. II Bd. 6 S. 153 IX.

[2]) Dasselbe sagt Thiele a. a. O. S. 177f. über die Kündigung; vgl. auch Seufferts Archiv 25, 123.

geübt werden solle, erforderlich; auch muß die Rücktrittserklärung einstimmig erfolgen.

Steht das Rücktrittsrecht mehreren zu, so muß die Erklärung an alle gerichtet werden.[1])

Solange also noch nicht alle Berechtigten ihre Zustimmung zum Rücktritt abgegeben haben oder die Erklärung noch nicht an alle abgegeben ist, ist der Rücktritt nicht wirksam.

β) Wirkungen.

Die Ausübung des Rücktritts, d. h. die von der zum Rücktritt berechtigten Partei der andern gegenüber abgegebene Erklärung, bewirkt vollständige Aufhebung des Vertrages von Anfang an, also sowohl nach rückwärts für die Vergangenheit als nach vorwärts für die Zukunft.

Da der Vertrag nach rückwärts hin aufhört, muß durch die Erklärung die dem Vertrage zugrunde liegende causa vernichtet werden.[2])

Sind die Verpflichtungen noch auf keiner Seite erfüllt, so werden beide Parteien, da der Vertrag „ex tunc“ aufgelöst ist, davon befreit. Haben aber bereits die Vertragsgegner ganz oder teilweise erfüllt, so wird diese Erfüllung nicht sofort mit der Erklärung des Rücktritts unwirksam,[3]) im Gegenteil, sie bleibt zunächst unberührt bestehen. Und dies entspricht auch sonst der Auffassung des Bürgerlichen Gesetzbuches über das Verhältnis des dinglichen Vertrages zu seiner obligatorischen causa. „Der Zessionsvertrag, die Tradition, die Auflassung in

---

[1]) „Das Gesetz erreicht dadurch, daß mangels einer besonderen Vertragsbestimmung der dem Rücktritt unterworfene Vertrag in objektiver und subjektiver Beziehung nur immer ganz oder gar nicht aufgelöst werden kann, und erschwert durch diese Vorschrift zugleich den Rücktritt vom Vertrage.“ Schollmeyer, Recht der Schuldverh. zu § 356 S. 268.

[2]) Die prozessuale Folge hiervon ist, daß der Kontrahent, der nach vollzogenem Rücktritt des andern Teils auf Erfüllung des Vertrages klagt, und aus dessen eigenem Vorbringen sich ergibt, daß der Gegner dem Vertrage gemäß sein Rücktrittsrecht ausgeübt hat, mit seiner Klage abgewiesen werden muß, selbst wenn der Beklagte den Rücktritt nicht einwendet.

[3]) Sonst würde ja eine auflösende Bedingung vorliegen, und das haben wir von vornherein abgelehnt.

Verbindung mit der Eintragung bewirken, wenn sie an sich in Ordnung sind, den Forderungs- und Eigentumsübergang, selbst wenn der obligatorische Veräußerungsvertrag nichtig ist, und sie behalten diese Wirkung auch dann, wenn der obligatorische Veräußerungsvertrag fortfällt, z. B. weil er mit Erfolg angefochten wurde. Dementsprechend kann auch der Rücktritt vom Vertrage die Wirkung des auf Grund des obligatorischen Vertrages vorgenommenen dinglichen Vertrages nicht beseitigen.[1])

Dingliche Wirkung hat also der Rücktritt nicht. Doch wird durch die Ausübung des Rücktritts kraft Gesetzes zwischen den Parteien ein neues Schuldverhältnis begründet, indem die Parteien nach § 346 BGB. verpflichtet werden, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren.[2])

Ein allgemeiner Irrtum ist, daß das Prinzip für die Bestimmungen über Rückgewähr die Wiederherstellung der Lage ist, die vor Abschluß des Vertrages bestand.[3])

Dies ist aber durchaus nicht der Fall. „Denn dann würde auch das sogen. negative Vertragsinteresse (damnum emergens) zu ersetzen sein, also alles, was jede der Parteien haben würde, wenn ihr die Aussicht auf das Zustandekommen des Vertrages gar nicht eröffnet worden wäre, also z. B. die Kosten des notariellen Vertragsschlusses, welche die eine Partei im Vertrage übernommen hatte, oder die Aufwendungen, welche sie gemacht hatte, um den Vertrag ihrerseits erfüllen zu können.“[4]) Dies würde aber offenbar nicht in der Absicht der Parteien liegen. Vielmehr sind die von der einen Partei an die andere gemachten Leistungen in der Weise zurückzugewähren, daß jede Partei ihre Leistungen so wiedererhält, wie sie sie haben würde, wenn sie gar nicht vollzogen worden wären. Dies ist das Prinzip, das sich besonders aus § 347 BGB. ergibt.

---

[1]) Schollmeyer a. a. O. S. 256.

[2]) War nur von einer Seite geleistet, so liegt natürlich nur eine einseitige Rückleistungsverpflichtung vor.

[3]) Dieser Irrtum rührt wohl von dem ersten Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches her, in welchem diese Wirkung des Rücktritts bestimmt wurde.

[4]) Schollmeyer a. a. O. S. 257.

Grundsätzlich müssen die vollzogenen Leistungen in natura zurückerstattet werden.

Wenn dies nicht mehr möglich ist, so kommt § 347 zur Anwendung, und wenn der Rücktrittsberechtigte selbst seiner Rückgewährpflicht nicht genügen kann, § 347 in Verbindung mit §§ 351 ff.

War die zurückzugewährende Leistung an sich nicht zurückgewährbar, z. B. eine Dienstleistung, so ist der Wert dieser Leistung zu vergüten, und zwar der gemeine Wert nach dem Zeitpunkt der vorgenommenen Leistung (nicht etwa der Entstehung des Rücktrittsrechts).[1])

Die Rückgewährverpflichtung nach §§ 346 ff. erstreckt sich nur auf Leistungen, die bei Abgabe der Rücktrittserklärung bereits vollzogen sind. Nach erfolgter Erklärung gegebene Leistungen sind nicht mehr als Vertragsleistungen anzusehen und können mit den Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückverlangt werden (BGB. §§ 812 ff.).

Ein bloßer Verzicht auf die Wirkungen des Rücktritts würde ebensowenig wie der Widerruf[2]) den durch den Rücktritt aufgehobenen Vertrag wieder ins Leben rufen; es würde vielmehr nur als vertragsmäßige Aufgabe der durch den Rücktritt begründeten Ansprüche aufzufassen sein. Nur in dem § 354 BGB. kommt der Vertrag nach erfolgtem Rücktritt wieder zustande. Nach dessen Bestimmung „erfolgt die Auflösung des Vertrages durch Rücktritt stets nur unter der gesetzlichen Resolutivbedingung, daß nicht der Rücktrittsberechtigte die Rückgewähr schuldhaft verzögert und die ihm gestellte Präklusivfrist unbenützt verstreichen läßt“.[3])

Das Gesetz hat wohl diese Bestimmung hauptsächlich im Interesse der Verkehrssicherheit gegeben; der Gläubiger wird hierdurch verhindert, auf Kosten des Schuldners zu spekulieren.

---

[1]) vgl. Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen, in Fischers Abhandlung zum Privatrecht und Zivilprozeß S. 145f.; Schollmeyer S. 258 Anm. zu § 346 a. a. O.; Schelten S. 37.

[2]) vgl. oben S. 9.

[3]) Schollmeyer S. 265f. zu § 354.

2. Wiederkauf.

Unsere erste Aufgabe hatten wir oben beim Rücktritt zunächst darin erblickt, den Begriff zu finden, da ihn, wie wir gesehen haben, das Bürgerliche Gesetzbuch nicht festgelegt hatte. Dieseselbe Enthaltsamkeit, die Leonhard[1]) als „einen der Hauptvorzüge unseres Gesetzbuchs" kennzeichnet, ist auch hier beim Widerkaufsrecht vorhanden.

Ausdrücklich sagen schon die Motive[2]): „Über die juristische Konstruktion will der Entwurf nichts bestimmen."

Es bleibt also auch hier der Wissenschaft und Praxis überlassen, eine Antwort auf die Frage nach der juristischen Konstruktion des Wiederkaufes zu finden.

a) Begriff.

α) Schon in der Einleitung haben wir darauf hingewiesen, daß im gemeinen Recht zwei Theorien über die Konstruktion des Wiederkaufes vorherrschen, die Theorie des Vorvertrages und die des Rücktritts.

Die letztere der beiden Theorien wird im folgenden Teile dieser Arbeit noch eingehender behandelt werden, wo wir das Gemeinsame, was Wiederkauf und Rücktritt haben, und ihre Unterschiede feststellen werden. Dort werden wir sehen, daß sie für das Bürgerliche Gesetzbuch[3]) jedenfalls unhaltbar geworden ist, obschon sie übrigens schon für das gemeine Recht nur schwer zu verteidigen war.

β) Der Rücktrittstheorie nahe steht die des Einlösungsanspruches; doch bewirkt diese Theorie nicht eine so vollständige Wiederaufhebung des Vertrages, indem sie dem Verkäufer nur das Recht gibt, den Kaufgegenstand wieder einzulösen.

Schon im gemeinen Recht finden wir diese Theorie vertreten von Höpfner, Weber,[4]) Hufeland[5]) und insbe-

---

[1]) In Jherings Jahrb. Bd. 39: „Willkür und Willenserklärung" S. 174.

[2]) Bd. 2 S. 340.

[3]) vgl. Kuhlenbeck und S. 25 unten.

[4]) Kommentar über die Heinecceschen Institutionen § 873 S. 661 und § 1182 S. 802.

[5]) Lehrbuch des Zivilrechts Bd. 1 §§ 494, 495.

sondere auch von Degenkolb in seinem „Begriff des Vorvertrages“.[1])

Hier führt er aus, daß aus dem Kreise der „pacta de contrahendo“ alle die Fälle auszuscheiden sind, in denen von dem Abschluß eines künftigen Vertrages überhaupt nicht die Rede ist, „sondern von bloßen, in die Zukunft hinausreichenden oder durch zukünftige Ereignisse in ihrem Erfolg bedingten vertragsmäßigen Modifikationen des bereits geschlossenen Vertrages“. „Dahin gehört“, so fährt er fort, „die römisch-rechtliche Gestaltung des vertragsmäßigen Vorbehalts des Wiederkaufs. Er begründet in Wahrheit ein Recht — nicht auf Abschluß eines Kaufgeschäftes —, sondern auf Einlösung, also auf Rückforderung der Sache gegen Entrichtung einer in bestimmter Weise normierten Einlösungssumme.“[2])

Diese Theorie hält für das Recht unseres Bürgerlichen Gesetzbuchs Schollmeyer aufrecht. Der aus dem vertragsmäßigen Vorbehalt des Wiederkaufs abzuleitende Anspruch soll nach ihm auf ein redhibere oder restituere gehen.

Dieser Ansicht können wir uns jedoch nicht anschließen. Denn aus § 503 BGB. ist zu entnehmen, wie auch Planck[3]) mit Recht feststellt, daß das Wiederkaufsrecht ein nicht der

---

[1]) S. 23.

[2]) Ebenso das österr. BGB. § 1068: Das Recht, eine verkaufte Sache wieder einzulösen, heißt das Recht des Wiederkaufs.

[3]) Ob die Angriffe, die Oertmann, „Das Recht der Schuldverhältnisse“ S. 217 Nr. 2c und Hahn a. a. O. S. 31 gegen diese Theorie erheben, begründet sind, nämlich, daß „der Begriff des ‚Einlösungsrechtes‘ kein dem Gesetz geläufiger ist, und diese Theorie daher nur eine andere Definition des streitigen Begriffes enthält, ohne uns über sein Wesen aufzuklären,“ wollen wir unentschieden lassen. Es handelt sich bei der Frage nach der Berechtigung dieses Einwurfes darum, ob das Wesen einer Theorie darin besteht, einen allgemeinen in ‚demselben‘ Gesetze vorkommenden Begriff für das streitige Objekt ausfindig zu machen, oder ob es genügt, einen ‚allgemeinen‘ juristischen Begriff festzulegen, mag ihn nun das betr. Gesetz benützen oder nicht. Schließt man sich der letzteren Ansicht an, so möchte ich an die Retraktrechte des deutschen Rechts erinnern, um darauf hinzuweisen, daß das „Einlösungsrecht“ ein allgemein anerkannter juristischer Begriff ist. Vgl. auch Hirschfeld, Die rechtliche Natur des Wiederkaufsrechts S. 14.

Verjährung unterliegender Anspruch ist, also kein Anspruch im Sinne des § 194 BGB., wie der auf restituere sein müßte, sondern eine präklusiv befristete Berechtigung (Befugnis) des Verkäufers.

Aus diesen Gründen müssen wir diese Theorie für das Bürgerliche Gesetzbuch ablehnen.

γ) Die herrschende Theorie des gemeinen Rechts war die des Vorvertrags, die Theorie des pactum de contrahendo, der zufolge der Vorbehalt des Wiederkaufs der einem abgeschlossenen Verkauf beigefügte Nebenvertrag ist, zufolge dessen sich der Käufer verpflichtet, die Sache auf Verlangen des Verkäufers an ihn zurückzuverkaufen, also ein Vorvertrag, auf Grund dessen später der eigentliche Wiederkaufsvertrag abgeschlossen werden soll.

Wenn diese Theorie auch schon im gemeinen Recht stark bestritten und angezweifelt wurde, so ist sie für das Bürgerliche Gesetzbuch ganz ausgeschlossen.[1])

Nach Degenkolb[2]) liegt ein Vorvertrag nur dann vor, wenn: 1. ein künftiger Vertragsabschluß in Aussicht genommen, und 2. eine darauf gerichtete Verpflichtung vertragsmäßig eingeräumt ist, und zwar dergestalt, daß der Verpflichtete durch seine Mitwirkung bei dem contrahere den künftigen Hauptvertrag mit herzustellen hat.

Ähnlich bezeichnet Thöl[3]) den Vorvertrag als einen „Vertrag dahin geschlossen, daß ein Vertrag geschlossen werden solle, also als einen gegenwärtigen Vertrag, welcher einen zukünftigen verspricht".

Halten wir dagegen die gesetzliche Bestimmung unseres Gesetzbuchs im § 497, so ist es wahrlich unverständlich, wie man diese Konstruktion aufrechterhalten will.

§ 497 Abs. 1.

„Hat sich der Verkäufer in dem Kaufvertrage das Recht des Wiederkaufs vorbehalten, so kommt der Wiederkauf mit

---

[2]) Nur Schütze verteidigt noch diese Theorie, soweit ich sehe.

[3]) Begriff des Vorvertrages S. 22, 23.

[1]) Handelsrecht I § 246 Nr. 4.

der Erklärung des Verkäufers gegenüber dem Käufer, daß er das Wiederkaufsrecht ausübe, zustande. Die Erklärung bedarf nicht der für den Kaufvertrag bestimmten Form."

Nach obiger Theorie bestände also der Inhalt des Vorvertrages in der Nebenverabredung, daß sich der Verkäufer „das Recht des Wiederkaufs vorbehalte". Es müßte dann später ein wirklicher Kaufvertrag stattfinden unter Mitwirkung beider Vertragsgegner. Dies ist aber, wie aus dem angeführten Paragraphen erhellt, nicht nötig; im Gegenteil, die einseitige Erklärung des Verkäufers gegenüber dem Käufer, daß er das Wiederkaufsrecht ausübe, genügt, um den Wiederkauf zustande zu bringen.

Derselben Ansicht sind Oertmann,[1]) Matthiaß,[2]) Stammler,[3]) Enneccerus-Lehmann[4]) und Schollmeyer.[5])

δ) Im Gegensatz zu den bisher besprochenen Theorien, die schon im gemeinen Recht gegolten, ist die Theorie der Rückkaufofferte eine von Planck für das Bürgerliche Gesetzbuch ganz neu aufgestellte.[6])

Er faßt den Vorbehalt „als einen auf Wiederkauf gerichteten Vertragsantrag auf, an den der Käufer für die im § 503 bezeichnete Frist gebunden ist". „Allein auch von diesem Standpunkte enthalten die hier gegebenen Vorschriften Abweichungen von den allgemeinen Regeln", wie Planck[7]) selbst bemerkt.

Denn wenn auch eine Offerte, an die der Käufer für eine Zeit bis zu 30 Jahren (bei Grundstücken) gebunden, durchaus möglich ist, so spricht der § 497 Satz 2, wie auch Planck selbst sagt, gegen diese Konstruktion und macht sie für das Bürgerliche Gesetzbuch unmöglich. Nach dieser Theorie käme ja allerdings der Wiederkauf mit der Annahme der Offerte zustande, doch müßte diese Annahme in der für den Kaufvertrag

---

[1]) a. a. O. S. 217 Nr. 2a.

[2]) a. a. O. S. 521.

[3]) a. a. O. S. 13.

[4]) a. a. O. S. 618 Nr. 2.

[5]) a. a. O. S. 22 Nr. 6.

[6]) Dieser Theorie hat sich Hellmann angeschlossen in der Krit. VSchr. Bd. 41 S. 227.

[7]) a. a. O. S. 271 Vorbem. zu § 497 Nr. 9.

bestimmten Form geschehen, was für die Erklärung des Verkäufers (Wiederkäufers) ausdrücklich verneint ist.

Gegen diese Theorie haben sich ausgesprochen Enneccerus,[1]) Oertmann,[2]) Matthiaß[3]) und Staudinger.[4])

Hier möchte ich auch noch Cosacks Ansicht widersprechen, der so weit geht, die Kaufeigenschaft des Wiederkaufes zu verneinen: „denn er ist kein Vertrag, also der Wiederkäufer nicht wirklicher Käufer, der Wiederverkäufer nicht wirklicher Verkäufer. Vielmehr ist er eine einseitige Rechtshandlung des Wiederkäufers.“[5]) [6])

Cosacks Fehler liegt meines Erachtens hauptsächlich darin, daß er den Vertrag leugnet und in der Erklärung des Wiederkäufers das Hauptmoment sieht, während doch das Gesetz im § 497 ausdrücklich sagt: „Hat sich der Verkäufer in dem Kaufvertrage das Recht des Wiederkaufs vorbehalten, usw.“

Dieser Vorbehalt ist doch zweifellos ein Vertrag!

Daß aber der Wiederkauf ein wirklicher „Kauf“ ist, geht schon aus der Stellung hervor, die er im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs einnimmt. Der Umstand, daß es ihn unter die besonderen Arten des Kaufs zählt, ergibt deutlich, daß es ihn auch als „Kauf“ aufgefaßt wissen will.

ε) Allen diesen Theorien gegenüber, von denen uns keine ganz zufriedengestellt hat, macht Enneccerus eine Auffassung geltend, die auch schon im gemeinen Recht vertreten wurde,[7]) nämlich die Theorie des suspensiv bedingten Rückkaufs.[8])

Nach dieser Theorie ist „der Wiederkaufsvorbehalt ein

---

[1]) S. 550 a. a. O.

[2]) S. 217 a. a. O.

[3]) S. 521 a. a. O.

[4]) S. 244 Kommentar z. BGB.

[5]) Cosack a. a. O. S. 462 V, 1.

[6]) Ähnlich Burdorff a. a. O.; er charakterisiert das Wiederkaufsrecht als ein Recht, das die Befugnis gibt, durch einseitige Erklärungen Rechtswirkungen hervorzurufen.

[7]) Windscheid, Pand. Bd. 2 § 381 Anm. 7; v. Vangerow, Pand. Bd. 1 § 147 Anm. 3c; unsicher Treitschke, der Kaufkontrakt § 54 S. 2202.

[8]) Von dieser Theorie ging auch der Dresdener Entwurf aus.

suspensiv bedingter Rückkauf, bedingt nämlich durch die Abgabe der Wiederkaufserklärung von seiten des Verkäufers".[1])

Der ganze Vorgang zerfällt demnach in zwei Akte:

1. den ersten ursprünglichen Kauf und

2. in den (mit ihm verbundenen oder später abgeschlossenen) zweiten Kauf (Wiederkauf), der erst mit Eintritt der Bedingung wirksam wird, daß der Wiederkäufer die Wiederkaufserklärung abgibt.

Dieser Theorie des Enneccerus haben sich bisher nur Matthiaß[2]) und Hahn[3]) angeschlossen; Oertmann,[4]) Stammler[5]) und Staudinger neigen ihr mit mehr oder weniger Einschränkungen zu.

Ebenso wie Enneccerus hält Matthiaß den Vorbehalt für einen „Wiederkauf, welcher abgeschlossen sei unter der aufschiebenden Bedingung, daß der Verkäufer auch tatsächlich sein Wiederkaufsrecht ausübe".[6])

Mit dieser Theorie „des suspensiv bedingten Kaufs" sind alle Bestimmungen, die das Gesetzbuch über den Wiederkauf gibt, zu vereinen, außer der einen des § 498, an der diese Theorie zu scheitern droht.[7])

Nach den Regeln des Kaufs § 446 geht die Gefahr des zufälligen Untergangs und einer zufälligen Verschlechterung mit der Übergabe auf den Käufer über; d. h. bis zur Übergabe trägt der Verkäufer die Gefahr.

Wie bei jedem andern bedingten Kaufe haftet der Wiederverkäufer vor der Ausübung des Wiederkaufsrechts für jedes Verschulden und ohne Rücksicht auf letzteres für wesentliche Veränderungen, die er an dem Gegenstande vornimmt. Ebenso wie bei jedem andern bedingten Kaufe erlischt auch hier das Wiederkaufsrecht bei zufälligem Untergang des Gegenstandes.

[1]) Enneccerus a. a. O. S. 551 unter Nr. 5.

[2]) a. a. O. Bd. 1 S. 463.

[3]) a. a. O. S 33.

[4]) a. a. O. S. 217.

[5]) a. a. O. S. 13.

[6]) Bd. 1 S. 521 sub. VIa.

[7]) Aus diesem Grunde verhalten sich Planck und Schollmeyer dieser Theorie gegenüber ablehnend.

Nur die eine, eben erwähnte Abweichung von den Regeln des bedingten Kaufes besteht, und zwar in folgendem:

In Ansehung einer bis zur Abgabe der Wiederkaufserklärung eingetretenen zufälligen Verschlechterung oder unwesentlichen Veränderung kann der Wiederkäufer keine Minderung des Kaufpreises verlangen, er trägt also insoweit die Gefahr. Während also beim bedingten Kaufe der Verkäufer die Gefahr trägt, trägt sie hier der Käufer.

Dieser, von den allgemeinen Regeln des Kaufs abweichenden Bestimmung halber glaubt man diese Theorie als unhaltbar verwerfen zu müssen.

Diese Abweichung hinsichtlich der Gefahrtragung, die zunächst als eine Schädigung des Wiederkäufers erscheinen könnte, wollen wir wie folgt erklären:

Während in andern Fällen — ausgenommen ist nur der Kauf auf Probe — die Erfüllung der Bedingung, d. h. die Wirksamkeit des Vertrages von einem ungewissen künftigen Ereignisse abhängt, ist beim Wiederkaufsvorbehalt der Eintritt der suspensiven Bedingung lediglich auf den Willen des Verkäufers als Wiederkaufsberechtigten gestellt. Sie ist eine Potestativbedingung. Aus dem Wesen dieser Bedingung geht aber m. E. die Bestimmung des § 498, 2 klar hervor. Denn auf der einen Seite: Ist als Wiederkaufspreis der Schätzungswert vereinbart, so ist es vollständig gleichgültig, wer für die unwesentlichen Veränderungen oder die eingetretene Verschlechterung die Gefahr trägt, denn dann wird dies ja bei der Schätzung berücksichtigt und der Wiederkäufer wird nicht geschädigt. Andrerseits: gilt der Preis, zu welchem verkauft worden ist, auch für den Wiederkauf, so liegt es doch in seiner Macht, auf die Berechtigung, die Wiederkaufserklärung abzugeben, zu verzichten und sich so vor allzu großem Schaden zu schützen. Ähnlich v. Wangenheim,[1]) Hirschfeld.[2])

Die abweichende Regelung des § 498, 2 Satz 2 scheint neben obiger Auseinandersetzung noch ganz besonders gerecht-

---

[1]) S. 20.
[2]) S. 20.

fertigt, wenn wir die Ausführungen Glücks[1]) betrachten, der darlegt, daß auch nach gemeinem Recht „die überwiegende Rechtsanschauung die Verweigerung der Preisverminderung in gedachtem Falle aus der präsumptiven Absicht bei der Preisvereinbarung ableitete".

Enneccerus begründet diese seine Theorie ähnlich: — „Der Wiederkäufer sei gegen Schädigung gedeckt, da er ja das Wiederkaufsrecht nicht auszuüben brauche." [2])

Derselben Ansicht ist Oertmann,[3]) wenn er die § 498 gegebene Regel für eine „positive, durch gute, innere Gründe leicht zu rechtfertigende Sonderbestimmung" erklärt.[4])

Wenn Oertmann auch nicht seiner Konstruktion den Namen „Suspensivbedingung" gibt, so meint er doch dasjenige, was wir oben auseinandergesetzt haben.[5])

Wir wollen nun, indem wir uns dieser Theorie anschließen, den Begriff des Wiederkaufs folgendermaßen formulieren:

Wiederkauf ist der bei einem Verkauf abgeschlossene suspensiv bedingte Rückkauf, der in dem Augenblicke in Wirksamkeit tritt, in dem der Verkäufer den Wiederkauf erklärt.

b) Ausübung und Wirkung.

α) Ausübung.

1. Die Ausübung des Wiederkaufsrechts geschieht nach § 497 durch die Erklärung des Verkäufers gegenüber dem Käufer, daß er das Wiederkaufsrecht ausübe.

Die Wiederkaufserklärung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die nach der ausdrücklichen gesetz-

---

[1]) Bd. 16 S. 219, 220.

[2]) a. a. O. S. 552, IV i.

[3]) S. 217.

[4]) Oertmann S. 217c: „Näher liegt es meines Erachtens, schon jetzt eine mit dem Kauf in continenti verbundenen Rückkauf, einen ‚actus contrarius' zu sehen, der aber noch unter der Bedingung ‚si placuerit' steht, dem Kauf auf Probe vergleichbar, nur daß hier nicht der Käufer, sondern der Verkäufer nach seinem Belieben sich entscheiden kann."

[5]) vgl. ferner Endemann S. 456; Staudinger Bd. 2 S. 244; Fischer-Henle § 497 Anm. 3; Stammler S. 13.

lichen Bestimmung des § 497 Satz 2 für formlos erklärt ist.[1]) Für sie gelten die allgemeinen Vorschriften der §§ 130 ff.

2. § 502.

Steht das Wiederkaufsrecht mehreren gemeinschaftlich zu, so kann es nur im ganzen ausgeübt werden. Ist es für einen der Berechtigten erloschen oder übt einer von ihnen sein Recht nicht aus, so sind die übrigen berechtigt, das Wiederkaufsrecht im ganzen auszuüben.

Der 1. Satz dieses Paragraphen folgt aus der Natur dieser Erklärung.

Da sie die Erfüllung einer Bedingung darstellt, so kann sie natürlich nur gemeinschaftlich abgegeben werden, da eine Bedingung nur dann eintritt, wenn sie ganz erfüllt ist.[2])

Das Wiederkaufsrecht ist also unteilbar.[3])

3. Die Ausübung des Wiederkaufsrechts ist nach § 503 BGB. zeitlich beschränkt.

Die Parteien können die Frist frei bestimmen, innerhalb deren das Recht ausgeübt werden kann; ist das nicht geschehen, so sind die gesetzlichen Fristen des obigen Paragraphen maßgebend, der bei Grundstücken 30 Jahre, bei andern Gegenständen 3 Jahre seit der Vereinbarung des Vorbehaltes festsetzt.

β) Wirkungen.

„Die einseitig wirksame Erklärung schafft, indem sie ihre Kraft dem vereinbarten Vorbehalte entnimmt, ein Verpflichtungsverhältnis der Parteien, welches nach Analogie des Kaufvertrages zu beurteilen ist, soweit nicht besondere Sätze des Wiederkaufs bestehen oder Erwägungen der eigentümlichen Natur des Verhältnisses andere Folgerungen begründen.“ [4])

---

[1]) Diese Vorschrift stimmt mit der oben vertretenen Theorie überein; die Erklärung ist hiernach ja die Erfüllung einer Bedingung und nicht eine Vertragserklärung.

[2]) vgl. Enneccerus S. 552.

[3]) Mot. II S. 341: „Eine Teilung des Ausübungsrechtes bezw. der Verpflichtung des Käufers aus dem Vorbehalte ist nach dem Wesen des Wiederkaufs ausgeschlossen.

[4]) Windscheid-Kipp § 388 S. 600 Nr. 2.

Ebenso wie im gemeinen Recht, so wirkt das Wiederkaufsrecht auch im Bürgerlichen Gesetzbuch lediglich obligatorisch unter den Vertragschließenden.[1])

1. Rechte des Wiederkäufers.

Dem Zwecke des Wiederkaufs entsprechend kann der Wiederkaufsberechtigte nur verlangen, daß ihm der betreffende Gegenstand nebst Zubehör[2]) vom Käufer gegen Erstattung des Preises zurückgegeben wird (§ 498, 1).

Im Zusammenhang mit dieser Berechtigung geht die Verpflichtung des Wiederverkäufers auf Ersatz des Schadens, der dadurch entstanden ist, daß er vor Ausübung des Wiederkaufsrechts eine Verschlechterung, den Untergang oder eine aus einem anderen Grunde eingetretene Unmöglichkeit der Herausgabe des gekauften Gegenstandes verschuldet oder den Gegenstand wesentlich verändert hat (§ 498 Abs. 2 Satz 1). Doch kann der Wiederkäufer für unwesentliche Veränderungen oder zufällige Verschlechterung des Gegenstandes Minderung des Kaufpreises nicht verlangen (§ 498 Abs. 2 Satz 2),[3]) d. h. also, der Wiederkäufer trägt die Gefahr. Geht also nun der Gegenstand durch Zufall, d. h. ohne Verschulden seitens des Wiederverkäufers unter, so erlischt das Wiederkaufsrecht für den Berechtigten.

Obige Bestimmung über den Schadensersatz greift aber nur dann Platz, wenn der Preis, zu welchem verkauft worden ist, oder ein anderer fest bestimmter Preis als Wiederkaufspreis gilt. Anders ist es im Falle des § 501, wo als Wiederkaufspreis der

---

[1]) vgl. Mot. II S. 339: „Die Begründung eines gegen Dritte wirkenden Rückkaufsrechtes an Grundstücken durch Eintragung in das Grundbuch ist nach dem Entwurf unzulässig.“ Doch ist eine dingliche Sicherung des Wiederkaufsrechtes durch Eintragung einer Vormerkung ins Grundbuch zur Sicherung möglich.

[2]) Alles, was zur Zeit der Abgabe der Wiederkaufserklärung vorhanden ist.

[3]) Diese von den allgemeinen Regeln über Kauf abweichende Bestimmung haben wir oben (S. 18 ff.) aus dem Wesen des Vertragsverhältnisses zu begründen gesucht.

Schätzungswert als vereinbart gilt, hier fällt obige Pflicht zum Schadensersatze fort.

Durch die Erfüllung des ursprünglichen Kaufes ist der Käufer Eigentümer des verkauften Gegenstandes geworden.[1]) Der Käufer kann also vor der Ausübung des Wiederkaufrechts über den Gegenstand an und für sich frei Verfügungen treffen, die rechtlich vollständig gültig sind und bleiben. Bringt aber der Verkäufer den zweiten bedingten Kauf durch seine Erklärung zur Wirksamkeit, so besteht für ihn die Verpflichtung (§ 499, 1), die durch seine Verfügung[2]) begründeten Rechte Dritter zu beseitigen, um den Gegenstand frei von Rechten Dritter dem Wiederkäufer herausgeben zu können. Widrigenfalls würde der Wiederverkäufer nach §§ 325, 326 BGB. zum Schadensersatz verpflichtet sein.[3])

2. Rechte des Wiederverkäufers.

Der Verpflichtung des Wiederverkäufers, dem Wiederkäufer den gekauften Gegenstand nebst Zubehör herauszugeben, entspricht die Berechtigung, vom Wiederkäufer die Zahlung des Kaufpreises zu verlangen.

Es steht den Parteien frei, den Wiederkaufpreis nach Belieben zu bestimmen. Nur im Zweifel gilt der Preis, zu welchem verkauft worden ist, auch für den Wiederkauf.[4])

Die Nutzungen der Sache stehen natürlich auch dem Wiederverkäufer zu, da er ja nur den Gegenstand nebst Zubehör herauszugeben hat.

---

[1]) Durch den zweiten bedingten Kauf wird der erste zunächst in keiner Weise berührt.

[2]) Einer Verfügung des Wiederkäufers steht eine Verfügung gleich, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt (§ 499, 2).

[3]) Diese Pflicht, einen „Mangel im Recht“ zu beseitigen, besteht im Gegensatz zur Beseitigung „eines Mangels in der Sache“ nicht nur im Falle des § 497 Abs. 2, sondern auch des § 501.

[4]) Im Falle, wo sich unter der Maske des Wiederkaufs ein wucherischer Charakter eines Darlehns verbirgt, kommen die Bestimmungen der Reichswuchergesetze, des StGB. (§§ 302a und 302e) und des BGB. (§ 138) zur Anwendung.

Verwendungen, die der Wiederverkäufer auf den gekauften Gegenstand vor Abgabe der Wiederkaufserklärung gemacht hat, kann er insoweit ersetzt verlangen, als der Wert des Gegenstandes durch die Verwendungen erhöht ist.[1])

Für die Verwendungen, die der Wiederverkäufer nach Ausübung des Wiederkaufsrechts macht, gilt die Bestimmung des § 450 BGB.

Ist aber als Wiederkaufspreis der Schätzungswert vereinbart, so fällt wie auf seiten des Wiederverkäufers die Pflicht zum Schadensersatz, hier die des Wiederverkäufers auf Ersatz der Verwendungen fort (§ 501), da hierbei ja der Wert des Gegenstandes einschließlich aller Verwendungen berücksichtigt werden wird.

Eine Einrichtung, mit der der Wiederverkäufer den herauszugebenden Gegenstand versehen hat, kann er wegnehmen (§ 500 Satz 2, § 257).

Nachdem wir so das Wesen der beiden in Betracht kommenden Institute festgelegt haben, wollen wir im folgende untersuchen, ob wir die Grundsätze, die wir für den Rücktritt als maßgebend gefunden haben, auf den Wiederkauf anwenden können. Bei dieser Untersuchung wird sich ergeben, in welchen Punkten die beiden Rechtseinrichtungen übereinstimmen und in welchen sie sich unterscheiden.

II. Vergleich dieser beiden Rechtsinstitute.

Wie wir schon oben bei Beginn des zweiten Hauptteils, bei der Frage nach der rechtlichen Natur des Wiederkaufs bemerkt haben, war im gemeinen Recht für den Wiederkauf die Rücktrittstheorie aufgestellt worden, die, wenn auch nicht die herrschende, so doch eine sehr beachtete Meinung in der Literatur war.

Zu den Hauptverteidigern dieser Auffassung gehört B e c h-

---

[1]) Alle übrigen Verwendungen, z. B. die zur Erhaltung des Gegenstandes notwendigen, hat der Wiederverkäufer zu tragen.

mann,[1]) der etwa folgendes ausführt: „Der Verkäufer kann sich den Rücktritt vom Geschäft auch unter beliebigen anderen Bedingungen, ja sogar nach seiner Willkür vorbehalten, dadurch wird der Vollzug nach beiden Seiten ausgeschlossen.

Man bezeichnet dieses Rücktrittsrecht des Verkäufers auch als Rückkaufsrecht, die darauf bezügliche Verabredung als pactum de retrovendendo."

Ferner sagt er: „Die betreffende Verabredung ist nicht ein Vorvertrag, sondern sie gewährt dem Verkäufer unmittelbar den Anspruch auf Rückleistung."

Der Vorbehalt des Wiederkaufs ist also nach Bechmanns Ansicht ein Nebenvertrag, darauf gerichtet, den ersten Kauf wieder aufzulösen, oder genauer die Vereinbarung der Berechtigung für den Verkäufer (Wiederkäufer), wenn er es will, vom Kauf zurückzutreten.

Dieser Ansicht Bechmanns hat sich für das Bürgerliche Gesetzbuch Kuhlenbeck angeschlossen.[2])

„Kauf mit Vorbehalt des Wiederkaufsrechtes (hierzu gehört auch das sogen. Rückkaufsgeschäft) ist ein Kauf unter Vorbehalt eines Rücktrittsrechtes, der allerdings im Bürgerlichen Gesetzbuch eine besondere von den allgemeinen Regeln des Rücktrittsrechtes abweichende Regelung erhalten hat."

Nach ihm ist also der Wiederkauf kein Kauf, sondern ebenso wie oben bei Bechmanns Ansicht nur ein Zurücktreten vom ersten Kauf.

Im folgenden werden wir nun zunächst bei dem Vergleiche der Einzelbestimmungen der beiden Institute sehen, in welchen Punkten diese übereinstimmen und welche diese Schriftsteller bewogen, zu obigem Resultat zu kommen.

Gehen wir von einem Beispiel aus: A hat dem B seine Kuh verkauft; da er sie später, wenn seine Verhältnisse besser geworden, gerne wiederhaben möchte, kann er sich sowohl die Berechtigung zum Rücktritt von diesem Vertrage als auch zum Wiederkauf vorbehalten.

---

[1]) System des Kaufes Bd. 2 S. 532 § 256; vgl. auch Strippelmann, Entsch. d. OAG. zu Kassel S. 260.

[2]) Von den Pand. zum BGB. Bd. 2 S. 268.

Er erreicht zunächst in der Hauptsache dasselbe; er erhält seine Kuh zurück.

Bei dieser Betrachtung liegt es natürlich nahe, einen Zusammenhang zwischen diesen beiden Rechtsinstituten zu vermuten. Und zwar auf den ersten Blick nicht mit Unrecht.

1. Entstehung.

Betrachten wir nämlich zunächst die Entstehung der beiden Rechte, so finden wir, daß beide in einem Vertrag[1]) vorbehalten werden; sogar der Wortlaut stimmt bei den betreffenden Paragraphen (§§ 346 u. 497) überein: „hat sich in einem Vertrag (in dem Kaufvertrage) ein Teil (der Verkäufer) den Rücktritt (das Recht des Wiederkaufs) vorbehalten usw.“.[2])

Beide Rechte sind ferner nur im Gefolge eines andern Vertrages, des Hauptvertrages, denkbar, der natürlich gültig sein muß. Man kann ebensowenig von einem Vertrage zurücktreten, der nicht existiert, wie man eine Sache nicht ‚wieder‘-kaufen kann, wenn man sie nicht vorher verkauft hat.[3])

Mit diesem Hauptvertrage gleichzeitig wird in den meisten Fällen auch der Nebenvertrag, sowohl die Verabredung des Rücktritts als auch des Wiederkaufs ausgemacht; doch ist dies durchaus nicht nötig. Die betreffende Bestimmung unseres Gesetzbuches für den Rücktritt ist im § 346 enthalten: „hat sich in einem Vertrage ein Teil den Rücktritt vorbehalten usw.“

Diese Bestimmung läßt die Frage vollständig offen, ob die Verabredung des Rücktrittsrechtes nur gleichzeitig mit dem Hauptvertrage möglich ist oder auch später; sie ist aber zweifellos im Sinne der letzteren Alternative zu entscheiden.[4])

---

[1]) Das Rücktrittsrecht kann auch auf Gesetz beruhen, das Wiederkaufsrecht heute nicht mehr.

[2]) Die beiden Berechtigungen entstehen durch gegenseitigen Vertrag, auf den die §§ 320—326 Anwendung finden.

[3]) vgl. Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld 16. Teil, Erlangen 1819, S. 200: „Ohne einen Kauf, welchem das Pactum de retrovendo ist angehängt worden, ist der Rückkaufvertrag nicht denkbar.“

[4]) vgl. Schollmeyer a. a. O. S. 256, 1: „Es ist nicht erforderlich, daß in dem Vertrage selbst, von welchem zurückgetreten werden soll, die

Ebenso ist es beim Wiederkaufe. Unabhängig vom ersten Kaufe, vom Hauptvertrage, kann auch hier noch später die Abmachung getroffen werden, durch die ein Wiederkaufsrecht begründet wird.

Allerdings der Wortlaut des § 497: „hat sich der Verkäufer ‚in einem Kaufvertrage' das Recht des Wiederkaufs vorbehalten usw.", scheint auf den ersten Blick dagegen zu sprechen; doch will dieser Paragraph u. E. nur den gewöhnlichen, regelmäßigen Fall hervorheben.[1])

Der Wortlaut des § 503 „nach der Vereinbarung des Vorbehaltes" beweist klar die obige Behauptung.[2]) [3])

Das Rücktrittsrecht wie auch das Wiederkaufsrecht entsteht sofort mit der Vereinbarung.

„Hat sich in einem Vertrage ein Teil den Rücktritt vorbehalten, so sind die Parteien, wenn der Rücktritt erfolgt, usw." (§ 346). Mit Abschluß des Vertrages hat also der eine Teil das Recht oder besser die Berechtigung zum Rücktritt erhalten. Die Vollendung ist nur an die Bedingung geknüpft, daß der Rücktritt erfolgt, und zwar ist dies eine reine Potestativbedingung, lediglich vom Willen des Berechtigten abhängig.

Ebenso beim Wiederkauf. Das Recht zum Wiederkauf ist mit Abschluß der Vereinbarung entstanden,[4]) und wie wir oben (S. 20 f.) festgestellt haben, ist auch hier der Vollzug auf eine

---

Übereinkunft bezüglich des Rücktrittsrechts erfolgt. Vielmehr ist zweifellos auch eine separate Verabredung, daß der Rücktritt von einem früher geschlossenen Vertrage gestattet sein solle, für gültig zu erachten."

[1]) So Planck Bd. 2 S. 271; vgl. Entwurf I § 476; Motive II S. 339 Hahn a. a. O. S. 44.

[2]) Gleicher Ansicht Oertmann a. a. O. S. 218; Windscheid-Kipp a. a. O. S. 600; Planck Bd. 2 S. 271; Staudinger a. a. O. S. 245; Hahn a. a. O. S. 44.

[3]) Hahn sagt in diesem Zusammenhang: „Wie auch Oertmann (S. 218) hervorhebt, spricht diese Feststellung der zeitlichen Unabhängigkeit beider Verträge voneinander entschieden für die hier vertretene Theorie des aufschiebend bedingten Rückkaufs. Mit der Rücktrittstheorie ist sie jedenfalls unvereinbar." Wenn man sich auch mit dem ersten Satze vollständig einverstanden erklären muß, so ist der zweite nach den obigen Ausführungen durchaus unverständlich.

[4]) vgl. Hahn a. a. O. S. 45.

Bedingung gestellt: nämlich, wie oben, auf die Potestativbedingung, daß der Verkäufer das Wiederkaufsrecht ausübe.

Doch hinsichtlich der Form des Vorbehaltes bemerken wir schon einen bedeutungsvollen Unterschied. Allerdings nach Kuhlenbecks Ansicht, der ja den Wiederkauf überhaupt nicht als Kauf behandelt wissen will, fällt dieser Unterschied in der Form fort. Nach ihm wird der Vorbehalt des Wiederkaufs ebenso wie der des Rücktritts formfrei sein. Doch haben wir oben (S. 17) gesehen, daß der Wiederkauf ein richtiger Kauf ist, also auch an die Form des Kaufes gebunden sein muß; dies erhellt daraus, daß es an einer abweichenden Bestimmung fehlt, und ließe sich noch durch argumentum e contrario aus der Formlosigkeit der Wiederkaufserklärung [1]) ableiten.[2]) Von unserm Standpunkt aus, die wir ja den Wiederkauf als einen unter einer Suspensivbedingung stehenden Kauf zu erklären versucht haben, bemerken wir also hier die erste große Verschiedenheit zwischen den beiden Instituten: Der Vorbehalt des Wiederkaufs richtet sich in seiner Form nach den Regeln des Kaufs, während die Verabredung des Rücktritts formfrei ist.

2. Ausübung.

Die Ausübung des Wiederkaufsrechts geschieht nach § 497 durch die Erklärung des Verkäufers gegenüber dem Käufer, daß er das Wiederkaufsrecht ausübe, oder durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung.[3])

Ebenso beim Rücktrittsrecht.

§ 349 sagt dies ausdrücklich: Der Rücktritt erfolgt durch Erklärung gegenüber dem andern Teil. Die Ausübung geschieht also bei beiden Instituten auf dieselbe Weise: durch einseitige

[1]) vgl. S. 21 dieser Abhandlung.

[2]) a) Wiederkaufverträge unterstehen also wie Kaufverträge der Formvorschrift des § 313 Satz 1: „Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. b) Wiederkaufverträge über Mobilien sind wie Kaufverträge formfrei.

[3]) Empfangsbedürftig, weil sie, um wirksam zu sein, an eine bestimmte Person, den Käufer, gerichtet sein muß.

Erklärung der einen Partei (des Verkäufers) an die andere (den Käufer) wird also sowohl Rücktritt als Wiederkauf ausgeübt.

Diese Erklärung ist unwiderruflich. Für den Rücktritt hatte dies der erste Entwurf im § 426 besonders hervorgehoben. Dies erschien jedoch als selbstverständlich, und ist diese Bestimmung deshalb später wieder gestrichen worden. Die Unwiderruflichkeit der Rücktrittserklärung ergibt sich nämlich einmal aus den allgemeinen Vorschriften des § 130: eine Willenserklärung, die einem andern gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkte wirksam, in welchem sie ihm zugeht.[1])

Sie wird nicht wirksam, wenn dem andern vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht. Oder mit andern Worten: Wenn eine empfangsbedürftige Erklärung dem andern Teile zugegangen ist, so kann sie nicht ohne weiteres wieder zurückgenommen werden.

Die Unwiderruflichkeit erklärt sich beim Rücktritt aus seiner rechtlichen Natur. Durch die an den Gegner gerichtete Erklärung, daß man zurücktrete, wird das Vertragsverhältnis gelöst; zustandekommen kann es also nur wieder durch eine neue hierauf gerichtete Willenseinigung der Parteien. Der bloße

---

[1]) Über die Frage, wenn die Erklärung dem andern Teile gegenüber als abgegeben gilt, existieren die vier folgenden Theorien

a) Die Äußerungs- oder Deklarationstheorie. Zum Wirksamwerden der Willenserklärung genügt ihre Abgabe, z. B. ihre Niederschrift.

b) Die Absendungs- oder Übermittelungstheorie: diese fordert neben der Abgabe die Absendung der Erklärung.

c) Die Empfangs- oder Austauschtheorie: die Erklärung muß in den Gewahrsam des Empfangsberechtigten gekommen sein; es genügt die Möglichkeit der Kenntnisnahme unter normalen Verhältnissen.

d) Die Vernehmungs- oder Rekognitionstheorie: der Empfangsberechtigte muß die Erklärung tatsächlich vernommen haben; sie muß ihm „zum Bewußtsein gekommen sein" (Hahn S. 66). —

Das Bürgerliche Gesetzbuch lehnt mit dem Ausdruck „zugehen" die erste Theorie von vornherein ab, stellt sich aber nicht direkt auf den Standpunkt einer der drei letzteren. Die herrschende Meinung ist für die Empfangstheorie. Vgl. Enneccerus Bd. 1 S. 166—167; Endemann § 66 S. 308; Cosack S. 182; Hahn S. 68.

Widerruf der Rücktrittserklärung kann naturgemäß eine solche Wirkung nicht haben.[1])

Dasselbe, was wir über die einseitige Erklärung beim Rücktritt gesagt haben, gilt auch bei der des Wiederkaufs.

Der § 130,[2]) wie auch die folgenden Paragraphen, gilt wie oben auch hier, so daß also hinsichtlich der Widerruflichkeit der Erklärung die Prinzipien der beiden Rechtsinstitute vollständig übereinstimmen.

Die Rücktrittserklärung kann nicht unter einer Bedingung abgegeben werden. Das Bürgerliche Gesetzbuch sagt dies allerdings nicht ausdrücklich; doch gehört der Rücktritt zu den Rechtsgeschäften, deren Zweck und Wesen die Beifügung einer Bedingung nicht duldet, weil sie als bedingte dem Vertragsgegner nicht die im Verkehr erforderliche Sicherheit und Gewißheit gewähren.[3])

Beim Wiederkauf verhält es sich ähnlich. Wir haben oben festgestellt, daß das Wiederkaufsrecht mit Abschluß des Vorbehaltes vorhanden ist; das Zustandekommen des Wiederkaufs jedoch an die Potestativbedingung gebunden ist, daß der Wiederkauf auch wirklich erklärt wird.

Wollte man nun annehmen, daß diese Erklärung wieder auf eine Bedingung gestellt werden könnte, so wäre die Bedingung, auf die das Zustandekommen des Wiederkaufes gesetzt, keine Potestativbedingung mehr.

Was die Form der Rücktrittserklärung betrifft, so enthält das Bürgerliche Gesetzbuch keine Bestimmung darüber. Der § 349 lautet nur: Der Rücktritt erfolgt durch Erklärung gegenüber dem andern Teile. Diese Erklärung ist selbstver-

---

[1]) So auch Motive II S. 280: Einmal abgegeben ist sie unwiderruflich im Interesse des andern Teils, welcher sich auf die Rücktrittserklärung muß verlassen können. Ein Widerruf der letzteren wäre unwirksam. Vgl. auch Windscheid § 323 Note 11; Seufferts Archiv XXXIII Nr. 225; Oertmann § 349, 2.

[2]) vgl. Hirschfeld a. a. O. S. 28.

[3]) vgl. Fischer-Henle a. a. O. § 349 Anm. 1; Steinhauer a. a. O. S. 85.

ständlich formlos, da überall da, wo das Gesetz keine besondere Form vorschreibt, Formlosigkeit Platz greift.

Auch die Wiederkaufserklärung ist formlos. Bezüglich dieser enthält § 497 Abs. 1 Satz 2 die ausdrückliche Vorschrift: „Die Erklärung bedarf nicht der für den Wiederkauf bestimmten[1]) Form." Da sie die Erfüllung der Bedingung ist, auf die der zweite Kauf (Wiederkauf) gestellt ist, so ist diese Vorschrift durchaus selbstverständlich.

Im § 356 ist das Prinzip der Unteilbarkeit des Rücktrittrechtes ausgesprochen.

Denselben Grundsatz finden wir für das Wiederkaufsrecht im § 502. Betrachten wir jedoch die Einzelbestimmungen dieser Paragraphen:

Sind bei einem Vertrage auf der einen oder andern Seite mehrere beteiligt, so kann das Rücktrittsrecht nur von allen und gegen alle ausgeübt werden. Erlischt das Rücktrittsrecht für einen der Berechtigten, so erlischt es auch für die übrigen.

Die Voraussetzung dieses Paragraphen ist, daß bei einem Vertrage auf der einen oder anderen Seite „mehrere" beteiligt sind. Es ist also vollständig gleichgültig, ob es sich um ein Gesamt- oder ein Teilschuldverhältnis handelt; er umfaßt teilbare wie unteilbare Leistungen.

„Diese Bestimmung des § 356 (433 im Entw.) bezweckt im wesentlichen, den aus der Bestimmung des § 420 (320 1. Entw.) sich ergebenden Konsequenzen zu begegnen. Hiernach könnte, wenn ein Rücktrittsfall gegeben ist, an sich (im Falle der gesamten Hand) jeder der mehreren berechtigten Kontrahenten in Ansehung seiner Quote willkürlich und unabhängig vom Willen der anderen das Rücktrittsrecht ausüben, bezw. der Rücktrittsberechtigte das Rücktrittsrecht nach seiner Wahl gegen den einen der mehreren auf der andern Seite stehenden Kontrahenten ausüben, gegen den oder die anderen nicht. Dieses Ergebnis wäre sachwidrig und unbefriedigend."[2])

---

[1]) Insbesondere also auch beim Wiederkauf von Grundstücken (vgl. dagegen § 313 BGB.) genügt die einfache mündliche Erklärung.

[2]) Mot. II S. 284 § 433.

Die Beteiligung einer Mehrzahl kann nachträglich durch Erbfolge eintreten und wird auch hier der § 356 bezüglich des Rücktrittsrecht gelten müssen. Dies hatte § 433 des I. Entw. ausdrücklich bestimmt. Planck[1]) sagt, daß hier die Vorschriften über die Erbengemeinschaft (§§ 2032 ff.) Platz griffen. Hier findet sich indessen keine Bestimmung über das Rücktrittsrecht. Nach § 2040 können Erben über einen Gegenstand des Nachlasses bis zur Auseinandersetzung nur gemeinschaftlich verfügen, also auch nur gemeinschaftlich über ein mit einer Forderung verbundenes Rücktrittsrecht. Hinsichtlich der Nachlaßschulden haften die Erben entweder als Gesamtschuldner oder für den auf ihren Erbteil fallenden Teil der Nachlaßverbindlichkeiten (§§ 2058, 2060). Auch diese Bestimmung ändert an dem Prinzip der Unteilbarkeit des Rücktrittsrechts nichts, da, wie oben bemerkt, § 356 sowohl bei einem Gesamt- wie bei einem Teilschuldverhältnis zur Anwendung kommt.

Aus der Bestimmung des § 356, 1, daß das Rücktrittsrecht nur von „allen" Berechtigten ausgeübt werden kann, erklärt sich auch leicht die Vorschrift, daß das Erlöschen des Rücktrittsrechts für einen der Berechtigten ein Erlöschen für die andern zur Folge habe (§ 356, 2).

Hinsichtlich des Wiederkaufsrechts ist für diese Frage der § 502 BGB. maßgebend.

„Steht das Wiederkaufsrecht mehreren gemeinschaftlich zu, so kann es nur im ganzen ausgeübt werden. Ist es für einen der Berechtigten erloschen oder übt einer von ihnen sein Recht nicht aus, so sind die übrigen berechtigt, das Wiederkaufsrecht im ganzen auszuüben."

Es ist hierbei gleichgültig, ob das Wiederkaufsrecht von vornherein mehreren eingeräumt oder durch Übertragung oder Erbgang auf mehrere übergegangen ist.

Diese Vorschrift beruht auf der Natur und dem Wesen des Wiederkaufsrechts, weil eine Ausübung zu einem Teile ausgeschlossen scheint.

---

[1]) Planck II S. 134 zu § 356.

Hiernach kann also einer von mehreren Wiederkaufsberechtigten weder den Wiederkauf nur für seinen Anteil noch für die ganze Sache verlangen.

Der erste Satz des obigen Paragraphen, den wir bisher ausschließlich betrachtet, stimmt also mit der Vorschrift des § 356 insoweit überein, daß beide Berechtigungen nur von „allen" Berechtigten gemeinsam ausgeübt werden können.

Umgekehrt, — daß für den Rücktritt der § 356 ausdrücklich bestimmt, daß das Recht nur gegen „alle" Erklärungsgegner gemeinsam ausgeübt werden kann, haben wir oben (S. 9 f.) hervorgehoben.

Diese Frage ist für den Wiederkauf von Oertmann angeregt worden[1]): „Kann das Recht auch ‚nur gegen die mehreren Verpflichteten' gemeinsam ausgeübt werden?"

Diese Frage sucht er folgendermaßen zu beantworten:

„Eine begriffliche oder praktische Notwendigkeit liegt nicht vor, auch enthält das Bürgerliche Gesetzbuch keine positive Satzung dieses Inhalts. Jedoch kann im Vertrage ausdrücklich oder stillschweigend eine solche Unteilbarkeit ausgesprochen sein; sie wird z. B. ohne weiteres unterstellt werden können, wenn mehrere Gesellschafter den Gegenstand für die Sozietät, also zu gesamthänderischem Miteigentum, erstanden haben."

U. E. haften die mehreren Verpflichteten, da sie eine unteilbare Leistung schulden, nach § 431 als Gesamtschuldner.

Der Wiederkauf kann daher einem jeden gegenüber erklärt werden, aber nur hinsichtlich der ganzen Leistung und mit Wirkung für alle Schuldner, da das Wiederkaufsrecht auch objektiv unteilbar ist.

Hier besteht also wieder ein Unterschied gegenüber dem Rücktrittsrecht.

Was den zweiten Satz des § 502 betrifft, so ist die darin enthaltene Frage ebenfalls abweichend vom Rücktrittsrecht geregelt.

Während das Erlöschen des Rücktrittsrechts für einen der

---

[1]) Oertmann S. 222 § 502, 3.

Berechtigten es auch für die übrigen erlöschen läßt, sind beim Wiederkauf unter derselben Voraussetzung die übrigen berechtigt, das Wiederkaufsrecht im ganzen auszuüben. Der Unterschied, sagt Hahn[1]) mit Recht, ist in der verschiedenen Natur beider Rechte begründet.

Die Negation — die Wiederaufhebung des Geschäfts — kann von den mehreren nicht gefordert werden, wenn einer von ihnen sein Rücktrittsrecht eingebüßt hat, also bei dem Vertrage verharren muß. Anders bei dem positiven Akt des Wiederkaufs; ihn können diejenigen oder derjenige, welcher das Wiederkaufsrecht noch besitzt, auf das Ganze ausüben. Die vereinzelte Nichtausübung oder das Erlöschen des Rechts für einen von ihnen kann dem Gegner angemessenerweise keinen Grund zur Verweigerung des Wiederkaufs bieten."

Bisher haben wir gesehen, daß die Grundsätze der beiden Rechtsinstitute hinsichtlich ihrer Entstehung sowie ihrer Ausübung in sehr vielen Punkten übereinstimmen, wenn sich auch hie und da Abweichungen gezeigt haben. Wenden wir uns nun dem Vergleiche ihrer Wirkungen zu, hier werden wir bedeutsame Unterschiede entdecken.

3. Wirkungen.

a) Wie oben schon festgestellt, hat sowohl der Rücktritt wie auch der Wiederkauf lediglich obligatorische Wirkungen, die jedoch bei den beiden Rechtsinstituten Verschiedenheiten aufweisen. Während der § 346 die Parteien verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren, enthält der § 498 die Verpflichtung für den Wiederverkäufer, dem Wiederkäufer den gekauften Gegenstand nebst Zubehör herauszugeben.

Dieser Unterschied findet in der grundverschiedenen Natur der beiden Institute seine Erklärung.

Das Rücktrittsrecht will dem Berechtigten die Macht geben, den alten Vertrag zu zerstören; nach seiner Ausübung soll der

---

[1]) Hahn S. 69f.

Zustand herbeigeführt werden, wie wenn auf Grund des Vertrages keine Leistungen erfolgt wären, es müssen also die empfangenen Leistungen zurückgewährt werden. Der Wiederkauf hingegen läßt den ursprünglichen Vertrag (erster Kauf) vollständig unberührt bestehen; es wird nicht der erste Kauf zerstört, sondern ein neuer, schon früher abgeschlossener auf dasselbe Objekt gerichteter zweiter Kauf, der Wiederkauf, findet durch die Ausübung des Rechts seine Vollendung, hier wird also nur der gekaufte Gegenstand nebst Zubehör herausgegeben werden müssen.

Es liegt also auf der Hand, daß infolge dieser verschiedenen Natur der beiden Rechtseinrichtungen, infolge der auflösenden, zerstörenden Wirkung hier, infolge der Neues schaffenden Wirkung dort, große Unterschiede vorhanden sein müssen sowohl hinsichtlich der Nutzungen, des Ersatzes von Verwendungen und des Preises wie auch hinsichtlich der Fragen nach der Gefahrtragung und der Haftung für Verschulden. § 347 bestimmt, daß sich der Anspruch auf Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen[1]) im Falle des Rücktritts von dem Empfang der Leistung an nach den Vorschriften regelt, welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruches an gelten.

Mit Rücksicht darauf, daß, wie die Denkschrift[2]) ausführt, „jede Partei von Anfang an mit der Möglichkeit rechnen muß, daß sie infolge des Rücktritts verpflichtet wird, die empfangenen Leistungen zurückzugewähren", erscheint diese Vorschrift vollauf gerechtfertigt.[3]) Sie bringt die Konsequenzen des Prinzips, daß die Parteien verpflichtet sind, sich nach Ausübung des Rücktritts

---

[1]) § 100: Nutzungen sind die Früchte einer Sache oder eines Rechts sowie die Vorteile, welche die Sache oder das Recht gewährt.

[2]) S. 79.

[3]) vgl. Crome II S. 491 Anm. 29: „Auch darin unterscheidet der Widerruf sich vom vorbehaltenen Rücktrittsrecht von einem Vertrage. Die Nutzungen des Kaufobjektes aus der Zwischenzeit verbleiben dem Wiederverkäufer. Der Wiederkäufer hat den Kaufpreis für die Zeit vor der Ausübung des Wiederkaufsrechts nicht zu verzinsen. Das Zubehör der Kaufsache ist auch dann herauszugeben, wenn es inzwischen vermehrt und verbessert wurde." Vgl. auch Hirschfeld S. 33 und Motive Bd. 2 S. 343.

gegenseitig in die Lage zu versetzen, als ob auf Grund des Vertrages nichts geleistet wäre, zum Ausdruck.

Der § 347 verweist uns hinsichtlich der Nutzungen also auf den § 987 BGB., der dem Besitzer die Verpflichtung auferlegt, „dem Eigentümer die Nutzungen herauszugeben, die er nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit gezogen hat. Zieht der Besitzer nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit Nutzungen nicht, die er nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft ziehen könnte, so ist er dem Eigentümer zum Ersatz verpflichtet, soweit ihm ein Verschulden zur Last fällt."

Im Falle des Rücktritts sind also die Vertragsgegner verpflichtet, die sämtlichen Nutzungen, die der Gegenstand von dem Empfang der Leistung an gehabt, dem andern herauszugeben.

Beim Wiederkauf verhält es sich anders.

Eine besondere Bestimmung über die Nutzungen ist nicht vorhanden. Das Gesetz sagt nur im § 498, 1: Der Wiederverkäufer ist verpflichtet, dem Wiederkäufer den gekauften Gegenstand nebst Zubehör herauszugeben.

Wenn man aber eine Sache kauft und verkauft die gekaufte Sache wieder, so wäre die Annahme vollständig unbegründet, daß man quasi stillschweigend verpflichtet wäre, auch die Nutzungen mit herauszugeben.

Die Nutzungen der Zwischenzeit behält also hier der Wiederverkäufer. Infolgedessen kann natürlich hier auch nicht von einem Ersatze wegen nicht gezogener Früchte die Rede sein. Anders eben.

Dieses Ergebnis ist nach den Ausführungen auf S. 35 vollständig begründet.

b) Derselbe § 347 verweist uns auch bei der Frage nach dem Ersatze von Verwendungen im Falle des Rücktritts auf das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer.

Es ist der § 994, der zur Anwendung kommt: „Der Besitzer kann für die auf die Sache gemachten notwendigen Verwendungen von dem Eigentümer Ersatz verlangen. Die gewöhnlichen Erhaltungskosten sind ihm jedoch für die Zeit, für welche ihm die Nutzungen verbleiben, nicht zu ersetzen."

Die Vertragsgegner können also die notwendigen Ver-

wendungen, die sie auf die empfangene Sache gemacht haben, ersetzt verlangen.

Der 2. Satz des § 994 kann hier nicht in Betracht kommen, da, wie wir oben (S. 36) gesehen, stets alle Nutzungen herauszugeben sind.[1])

Während beim Rücktritt alle auf die Sache gemachten Verwendungen ersetzt werden, finden wir beim Wiederkauf demgegenüber wieder einen Unterschied.

Der Wiederverkäufer kann nämlich für Verwendungen, die er auf den gekauften Gegenstand vor dem Wiederkaufe gemacht hat, nur insoweit Ersatz verlangen, als der Wert des Gegenstandes durch die Verwendungen erhöht ist (§ 500).

Dies ist natürlich weit weniger als beim Rücktritt. Nehmen wir unser obiges (S. 25 f.) Beispiel: A, der sich den Rücktritt vorbehalten hat, muß dem B in diesem Falle z. B. die Auslagen ersetzen, die er infolge Erkrankung der Kuh an Tierarzt und Medizin gehabt hat; dies ist eine notwendige Verwendung. Hat A sich aber das Recht zum Wiederkaufe vorbehalten, so trifft ihn keine Ersatzpflicht, denn dadurch, daß er das Leben der Kuh erhalten oder eine Krankheit abgewendet hat, ist ihr Wert nicht erhöht worden.[2])

Und selbst diese, den Wert des Gegenstandes erhöhenden, Verwendungen kann der Wiederverkäufer nicht unter allen Um-

---

[1]) vgl. auch §§ 996, 998, 1000 ff.

[2]) Ferner sagt der § 500: Eine Einrichtung, mit der der Wiederverkäufer die herauszugebende Sache versehen hat, kann er wegnehmen. Wie steht es mit diesem Wegnahmerecht beim Rücktrittsrecht? Das Gesetz enthält keine Bestimmung. Ich möchte auch in diesem Falle den korrespondierenden Paragraphen aus den Bestimmungen über das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer analog anwenden. § 997: Hat der Besitzer mit der Sache eine andere Sache als wesentlichen Bestandteil verbunden, so kann er sie abtrennen und sich aneignen. Der Vertragsgegner hat also im Prinzip ebenso wie der Wiederverkäufer das Wegnahmerecht. Doch enthält § 997 noch einige Einschränkungen, bei deren Zutreffen dem Vertragsgegner das Wegnahmerecht versagt ist; er entbehrt dieses Rechtes, wenn die Abtrennung für ihn keinen Nutzen hat oder ihm mindestens der Wert ersetzt wird, den der Bestandteil nach der Abtrennung für ihn haben würde (§ 997 Abs. 2).

ständen ersetzt verlangen, wie wir aus § 501 BGB. erfahren: Ist als Wiederkaufspreis der Schätzungswert vereinbart, den der gekaufte Gegenstand zur Zeit des Wiederkaufes hat, so ist der Wiederkäufer zum Ersatze von Verwendungen nicht verpflichtet. Und dies ist auch vollständig berechtigt, denn hierbei wird naturgemäß der Wert des Gegenstandes genau taxiert, wobei jede werterhöhende Verwendung ja ihre Berücksichtigung findet.

c) Auf S. 23 f. und oben haben wir von einer Taxierung des Gegenstandes, dem Schätzungswert, gesprochen. Dies ist natürlich beim Rücktrittsrecht vollständig ausgeschlossen. Der alte Vertrag findet sein Ende; es werden die empfangenen Leistungen zurückgewährt, nicht mehr und nicht weniger. Eine Schätzung der einen oder andern Leistung wäre widersinnig. Anders beim Wiederkauf, wo folgende Fälle zu unterscheiden sind:

1. Der Vertrag enthält keine Bestimmung über den Preis, dann gilt der Preis, zu welchem verkauft worden ist, auch für den Wiederkauf (§ 497, 2).

2. Der Preis ist im Vertrage bestimmt:

a) höher, niedriger oder ebenso hoch wie im ersten Kaufvertrage, dann muß dieser Preis bezahlt werden, mag er dem billigen Ermessen entsprechen oder nicht,

b) als Schätzungspreis, d. h. Vereinbarung des Preises, der dem Werte des gekauften Gegenstandes zur Zeit des Wiederkaufes entspricht.

Beim Rücktrittsrecht muß also dasselbe, was geleistet, wiedererstattet werden, was beim Wiederkaufsrecht nicht nötig.

Hier ist wieder ein bedeutsamer Unterschied zwischen Rücktrittsrecht und Wiederkaufsrecht vorhanden, der wieder in der verschiedenen Natur der beiden Institute seine Begründung findet.

d) Auch die Frage nach der Haftung für Verschulden zeigt uns, wenn sie auch in der Hauptsache ähnlich behandelt wird, einen interessanten Unterschied zwischen Rücktritt und Wiederkauf.

„Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Verschlechterung, Untergang oder einer aus einem andern Grunde eintretenden

Unmöglichkeit der Herausgabe bestimmt sich im Falle des Rücktritts von dem Empfange der Leistung an nach den Vorschriften, welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruches an gelten.“ Wieder verweist uns der § 347 auf dieses Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer. Der § 989 macht den Besitzer dem Eigentümer gegenüber (und also auch jeden Vertragskontrahenten dem andern gegenüber im Falle des Rücktritts) für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, daß infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem andern Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann.

Also jede verschuldete Verschlechterung, der Untergang und jede sonstige Unmöglichkeit der Herausgabe hat jeder der beiden Kontrahenten dem andern gegenüber zu vertreten. Sie haften für omnis culpa, d. h. sie haben Vorsatz und jede Fahrlässigkeit zu vertreten.[1])

Beim Wiederkauf finden wir im großen und ganzen ähnliche Bestimmungen. „Hat der Wiederverkäufer vor[2]) der Ausübung des Wiederkaufsrechtes eine Verschlechterung, den Untergang oder eine aus einem andern Grunde eingetretene Unmöglichkeit der Herausgabe des gekauften Gegenstandes verschuldet oder den Gegenstand wesentlich verändert, so ist er für den daraus entstehenden Schaden[3]) verantwortlich (§ 498, 2).

Abgesehen von einer wesentlichen Veränderung des Gegenstandes, einer Frage, die wir beim Rücktrittsrecht noch nicht berührt, stimmen also die Vorschriften bei beiden Instituten vollständig überein.

Auch beim Wiederkaufsrecht haftet der Wiederverkäufer für omnis culpa, für Vorsatz und jede Fahrlässigkeit.

Wie steht es nun bei einer Veränderung des Gegenstandes?

---

[1]) Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt (§ 276, 1, 2; vgl. auch §§ 990ff.).

[2]) Nach der Ausübung des Wiederkaufsrechtes kommen die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung (323, 324).

[3]) Anders natürlich, wenn der Schätzungswert als Wiederkaufspreis vereinbart ist.

Beim Wiederkaufsrecht unterscheidet das Gesetz zwischen wesentlichen und unwesentlichen Veränderungen. Für den aus vom Wiederverkäufer vorgenommenen wesentlichen Veränderungen entstandenen Schaden ist, wie wir eben aus § 498, 2 entnommen haben, der Wiederverkäufer haftbar ohne Rücksicht auf das Vorhandensein eines Verschuldens.

Wegen unwesentlicher Veränderungen kann der Wiederkäufer Minderung des Kaufpreises nicht verlangen, wie wir aus dem Schlusse dieses Paragraphen erfahren, d. h. für unwesentliche Veränderungen[1]) haftet der Wiederverkäufer nicht; diese darf er also vornehmen.

Beim Rücktrittsrecht finden[2]) wir keine Bestimmung hinsichtlich der Veränderungen des Gegenstandes. Aus der Natur des Rechtes folgt aber wohl, daß der Verpflichtete für wesentliche wie unwesentliche Veränderungen, die er vornimmt,[3]) haftbar ist, da er ja nach § 346 verpflichtet ist, die empfangene Leistung zurückzugewähren, d. h. so wie er sie erhalten hat.

Abgesehen von diesem einen Punkte, den unwesentlichen Veränderungen, ist die Haftung bei Rücktrittsrecht und Wiederkaufsrecht in gleicher Weise geregelt.

e) Wir haben oben von dem Untergang, der verschuldeten Verschlechterung des Gegenstandes gesprochen; wer hat dann den Schaden zu tragen, wenn ohne irgend ein Verschulden, durch Zufall einer dieser Fälle eintritt, d. h. wer trägt die Gefahr?

Die betreffende Vorschrift für das Rücktrittsrecht ist im § 350 enthalten: „Der Rücktritt wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Gegenstand, welchen der Berechtigte empfangen hat, durch Zufall untergegangen ist."

Mit andern Worten: Der nicht zum Rücktritt Berechtigte trägt die Gefahr. Denn macht der Berechtigte, wenn der Gegenstand, den er empfangen hat, durch Zufall untergegangen ist, sein Rücktrittsrecht geltend, so muß der andere, trotzdem er

---

[1]) Wann eine wesentliche und wann eine unwesentliche Veränderung vorliegt, muß der Entscheidung des Einzelfalls überlassen werden.

[2]) Abgesehen von der Vorschrift des § 352, von der unten (S. 44) die Rede sein wird.

[3]) Nimmt sie der Berechtigte vor, dann § 352.

das seinerseits Geleistete (das Untergegangene) nicht zurückerhält, dennoch den erhaltenen Gegenstand herausgeben.

Geht aber der Gegenstand, den der Gegner des Berechtigten empfangen hat, durch Zufall unter, so macht der Berechtigte natürlich sein Rücktrittsrecht nicht geltend und behält das ihm Geleistete.

Dies entspricht dem wirtschaftlichen Zwecke des Rücktritts, daß durch den Rücktritt der Berechtigte in die Lage versetzt werden soll, wie wenn er auf Grund des Vertrages nichts geleistet hätte; er muß also auch gegen die Folgen geschützt werden, die der Vertragsabschluß hinsichtlich der Gefahrtragung mit sich bringt.

Während beim Rücktrittsrecht der Verpflichtete die Gefahr trägt, kommt es beim Wiederkauf darauf an, ob der verkaufte Gegenstand ganz untergegangen oder nur verschlechtert ist. Ist der Gegenstand des Wiederkaufs ohne Verschulden des Wiederverkäufers untergegangen, und der Wiederkäufer übt sein Recht aus, so erfüllt er durch Abgabe der Erklärung die Bedingung, und hierdurch wird die von letzterer abhängig gemachte Wirkung, der Wiederkauf, herbeigeführt (vgl. § 158). Das hierdurch vorhandene Verhältnis ist nunmehr nach den allgemeinen Grundsätzen über die Folgen der Unmöglichkeit der Leistung bei gegenseitigen Verträgen zu beurteilen (besonders §§ 275, 323 BGB.). Hiernach wird der Schuldner von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den er nicht zu vertreten hat. Seinerseits verliert er nach § 323 Abs. 1 seinen Anspruch auf die Gegenleistung.

Der Wiederverkäufer braucht im Falle des § 323, 1 seine Leistung nicht zu machen, kann aber auch die Wiederkaufssumme nicht fordern.

Er trägt also die Gefahr des zufälligen Untergangs.

Ist aber der Gegenstand nicht untergegangen, sondern nur verschlechtert gegenüber dem Zustande, in dem er sich zur Zeit des Vorbehaltes des Wiederkaufs befand, so kann der Wiederkäufer Minderung des Kaufpreises nicht verlangen (498, 2).

Trotz der Verschlechterung (der eine unwesentliche Veränderung gleichgestellt ist) kann der Wiederverkäufer doch den ganzen Kaufpreis fordern.[1]) In diesem Falle trägt also der Wiederkäufer, der Berechtigte, die Gefahr.

f) Das Rücktrittsrecht, ebenso wie das Wiederkaufsrecht, wird in der Regel durch die Ausübung des Rechts, d. h. durch die Abgabe der Willenserklärung sein Ende finden.

Doch gibt es bei beiden Instituten auch noch andre Gründe der Beendigung.

Ein an sich begründetes Rücktrittsrecht kann in der Weise zu seiner Beendigung gelangen, daß es entweder unter den im Gesetz festgelegten Voraussetzungen ausgeschlossen wird, oder im Falle der Befristung nach Ablauf der Frist erlischt.[2])

In den §§ 351—353 bestimmt das Gesetz die Fälle, in denen das Rücktrittsrecht durch Ausschluß seine Beendigung findet. Ihnen liegt das Prinzip zugrunde, daß das Rücktrittsrecht dann ausgeschlossen ist, wenn der Berechtigte den empfangenen Gegenstand aus einem Grunde nicht zurückgewähren kann, den er, sein gesetzlicher Vertreter oder eine Person, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, zu vertreten haben (§ 275).[3])

Die in obigen Paragraphen bestimmten Vorschriften finden nur dann Anwendung, solange die Rücktrittserklärung noch nicht erfolgt ist; ist die Erklärung erfolgt, so gilt für das Verhältnis der Kontrahenten der § 347 (s. oben S. 35 f.).

Im folgenden wollen wir die einzelnen Fälle, in denen der Rücktritt ausgeschlossen ist, betrachten und sie mit den Vorschriften über den Wiederkauf vergleichen.

1. Der Rücktrittsberechtigte (sowie die im § 278 genannten

---

[1]) vgl. Bechmann Bd. 2 S. 534; Sintenis II S. 638, Das praktische gemeine Zivilrecht.

[2]) Ein praktischer Unterschied zwischen diesen beiden Gründen des Wegfalls, dem ‚Ausschluß' und der ‚Erlöschung', wird sich wohl kaum finden lassen, sagt Steinhauer a. a. O. S. 91 mit Recht.

[3]) Ist dagegen der Gegenstand zufällig (ohne Verschulden des Berechtigten) untergegangen oder wesentlich verschlechtert worden, so wird dadurch das Rücktrittsrecht nicht berührt, wie wir oben gesehen haben (S. 40).

Personen) hat den Untergang des erhaltenen Gegenstandes oder dessen wesentliche Verschlechterung, der der Untergang eines erheblichen Teiles gleichsteht, oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe verschuldet.[1])

Hat der Wiederverkäufer vor Ausübung des Wiederkaufsrechts den Untergang oder die aus einem anderen Grunde eingetretene Unmöglichkeit der Herausgabe des gekauften Gegenstandes oder dessen Verschlechterung verschuldet, so ist auch hier eine Erfüllung des Schuldverhältnisses ausgeschlossen.

Doch ist der Wiederverkäufer für den hieraus entstehenden Schaden verantwortlich.

Hat aber beim Rücktritt der Gegner des Berechtigten (dem Wiederverkäufer, dem Verpflichteten) den Untergang usw. verschuldet, so ist das Rücktrittsrecht nicht ausgeschlossen, im Gegenteil, der Berechtigte kann nach Ausübung des Rechtes Schadensersatz verlangen.

Der Unterschied dieser Bestimmungen liegt klar und findet in der grundverschiedenen Natur der Institute seine volle Begründung.

2. Der Rücktrittsberechtigte hat die empfangene Sache durch Verarbeitung oder Umbildung in eine Sache anderer Art umgestaltet.

Dieser Fall kann ebenso wie der erste für das Wiederkaufsrecht keinen Beendigungsgrund bilden.

Denn wenn der Berechtigte, der Wiederkäufer, das Geld, das er erhalten, auch in eine andere Sache umgestaltet, so kann dies selbstredend keinen Grund für den Ausschluß des Rechtes bilden, da er ja nicht dasselbe Geld zurückerstatten muß, sondern nur den Preis, den Wiederkaufspreis zu zahlen hat.

Wenn aber auch seitens der Verpflichteten, also des Nichtberechtigten beim Rücktrittsrecht und des Wiederverkäufers der Gegenstand umgebildet wird, so wird das Recht hierdurch nicht ausgeschlossen, sondern es tritt die Pflicht zum Schadensersatze ein (beim Rücktritt der § 347, beim Wiederkauf der § 498, 2).

[1]) Bei unwesentlicher Verschlechterung oder Untergang eines unerheblichen Teiles bleibt das Rücktrittsrechts; doch Schadensersatzpflicht nach § 247.

3. Bei demjenigen, der den Gegenstand infolge einer Verfügung des Berechtigten oder einer solchen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung gegen den Berechtigten oder durch den Konkursverwalter im Konkurse des Berechtigten erfolgt ist, erlangt hat, sind die Voraussetzungen des § 351 oder des § 352 eingetreten.

Beim Wiederkauf kann dies natürlich wieder keinen Ausschlußgrund bilden.[1])

Ist aber auf seiten der Verpflichteten diese Voraussetzung der Veräußerung oder Belastung gegeben, so sind sie verpflichtet, die dadurch begründeten Rechte Dritter zu beseitigen oder Schadensersatz zu leisten (für den Rücktritt der § 346 resp. § 347; für Wiederkauf der § 499 resp. §§ 325, 326).

g) Das Rücktrittsrecht ist, wie schon oben erwähnt, ein subjektives Kannrecht; als solches unterliegt es nicht der Verjährung (vgl. § 194 BGB.). Doch können die Kontrahenten eine Frist vereinbaren, innerhalb deren der Rücktritt ausgeübt werden muß; ist er nach Ablauf der Frist nicht erfolgt, so erlischt das Recht.

Ist für die Ausübung des Rücktrittsrechtes eine Frist nicht vereinbart, so kann dem Berechtigten von dem andern Teile für die Ausübung eine angemessene Frist bestimmt werden. Das Rücktrittsrecht erlischt, wenn nicht der Rücktritt vor dem Ablaufe der Frist erklärt ist.

Hätte der Nichtberechtigte nicht dieses Recht der Fristsetzung, so wäre er der Willkür des Berechtigten überlassen; auf Grund dieser Vorschrift kann er sich jederzeit aus seiner Ungewißheit befreien.[2])

---

[1]) An und für sich stehen also Veräußerung und Belastung dem Rücktritt nicht entgegen.

[2]) Von der Beendigung (Wegfall und Erlöschen) des Rücktritts ist seine Unwirksamkeit zu unterscheiden. Unwirksam ist der Rücktritt stets dann, wenn ein Rücktrittsrecht nicht vorhanden ist. Aber auch bei vollgültigem Bestehen des Rechtes kann der Rücktritt unter mehreren vom Gesetz bestimmten Voraussetzungen unwirksam sein resp. werden, 1. im Falle des § 357, 2. im Falle des § 359, 3. im Falle des § 354.

Ebenso wie das Rücktrittsrecht ist auch das Wiederkaufsrecht kein der Verjährung unterliegender Anspruch im Sinne des § 194, sondern als subjektives Kannrecht ein befristetes Recht.[1])

Die zweite Kommission hielt im Gegensatz zum ersten Entwurf eine zeitliche Begrenzung für notwendig. Diese wird durch § 503 festgestellt: das Wiederkaufsrecht kann bei Grundstücken nur bis zum Ablaufe von 30 Jahren, bei andern Gegenständen nur bis zum Ablaufe von drei Jahren nach der Vereinbarung des Vorbehaltes ausgeübt werden. Ist für die Ausübung eine Frist bestimmt, so tritt diese an Stelle der gesetzlichen. Die für die beiden Rechte maßgebenden Bestimmungen stimmen also insoweit überein, daß beide durch Zeitablauf ihr Ende finden; bei beiden ist es der Vereinbarung der Parteien frei überlassen, den Zeitpunkt zu bestimmen, bis zu welchem das Recht bei sonstigem Erlöschen ausgeübt sein muß. Es ist aber doch wieder ein bedeutsamer Unterschied vorhanden; beim Rücktrittsrecht steht nämlich in dem Falle, daß keine Frist vereinbart ist, dem Gegner des Berechtigten das Recht zu, eine angemessene Frist dem andern zu bestimmen, während im gleichen Falle beim Wiederkaufsrecht die gesetzlichen Fristen Platz greifen.

h) Beide Institute endigen durch Verzicht seitens des Berechtigten. Dieser bedarf bei beiden nicht der Annahme des Verpflichteten, denn die beiden Rechte sind, wie wir bereits gesehen haben, keine Forderungsrechte, d. h. keine Rechte auf eine Handlung oder Unterlassung des Verpflichteten, sondern Berechtigungen, auf die einseitig verzichtet werden kann.[2]) Der Verzicht ist bei beiden formlos; er kann ausdrücklich oder stillschweigend durch konkludente Handlung erklärt werden.

---

[1]) Der Verjährung unterliegt vielmehr nur der aus dem Wiederkaufe hervorgehende Anspruch auf Rückübertragung der verkauften Sache. Dieser Anspruch verjährt nach § 195 innerhalb der regelmäßigen 30jährigen Verjährungsfrist seit Abgabe der Wiederkaufserklärung seitens des Verkäufers.

[2]) Aus dem Gesetz läßt sich meines Wissens allerdings diese Behauptung nicht beweisen; doch könnte man vielleicht die Analogie des Nießbrauchs und Pfandrechts heranziehen. Bei diesen wird besonders darauf hingewiesen (§§ 1050, 2, resp. 1255, 1), daß sie durch Verzicht aufgehoben werden.

C. Schluß.

Rücktritt und Wiederkauf sind, obwohl in mancher Hinsicht ähnlich, grundaus verschiedene Rechtsinstitute!

Die obigen Betrachtungen haben uns bewiesen, daß die Rücktrittstheorie nicht auf den Wiederkauf angewandt werden kann.

Während das Wiederkaufsrecht die Berechtigung verleiht, einen neuen Vertrag, den Wiederkauf, ins Leben zu rufen, gibt das Recht zum Rücktritt die Berechtigung, den alten Vertrag aufzulösen.

Der Neues schaffende positive Charakter des Wiederkaufs steht im vollsten Widerspruch mit dem zerstörenden, negativen des Rücktritts!

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.